اذا قال فقط فاعلم محمد ح واذا قال رضي الله عنه فاعلم المصنف رحمه الله واذا قالوا فاعلم المشايخ رحمهم الله
وما اختاره من اقوال الائمة اخره عن غيرها . ظاهر المذهب وظاهر الرواية شي واحد

اداب صاحب الهداية

من اداب صاحب الهداية انه قال بهذا الحديث محمول على المعنى لكلام في يريد به قد حمله على هذا المعنى ائمة الحديث واذا قال يحمل يريد به انه حمله نفسه على هذا ولم يحمل اهل الحديث ومن ادابه انه يقول لما بينا في الدليل العقلي ولما تلونا في الدليل الثابت بالكتاب ولما روينا في الثابت بالسنة ولا اثر في الثابت بقول الصحابي فقد لا يفرق بين الاثر والخبر ويقول فيهما لما روينا ولما ذكرنا فيهما هو اعم ومن ادابه ان يعبر عن الدليل العقلي بالفقه ويقول الفقه فيه كذا ومن ادابه انه اذا قال عن فلان يريد به الرواية عن ذلك الكلام واذا قيل عند فلان يريد انه مذهبه ومن ادابه انه رجح الجواب الاخير كائنا لمن كان ومن عادته انه اذا ذكر قدام لفظة قال رحمه الله ومشايخه يريد به نفسه ولم يذكره لصيغة المتكلم احترازا عن الانانية ومن عادته انه يذكر اولا مسائل القدوري ثم يذكر مسائل جامع الصغير في اواخر الباب ومن ادابه انه اذا كان نوع مخالفة بين القدوري وعبارة جامع الصغير يصرح بلفظ جامع الصغير ومن ادابه السؤال المقدر ولا يصرح ولا يقول فان قيل قلنا كذا الا في المجلد الاخير في ثمانية مواضع فان قيل قلنا صريحا ومن ادابه ايضا تقدم الاقوى في المسائل وتؤخر الضعيف وفي الدلائل على العكس ليكون طرفا الكلام قويا ومن ادابه انه لا يذكر الفاء في جواب اما اعتمادا لظهور المعنى ومن ادابه يذكر كتابة المنتهى في مواضع عشرة منها كتاب الشفعة ومنها كتاب القسمة ومنها كتاب المساقاة هكذا وجدت في ظهر بعض الكتب نقلا عن الاسلاف

في بيان شروح الهداية

كفاية المنتهي · كفاية · نهاية · نهاية الكفاية · شاه كرماني · شاهان · حميد الدين الضرير

تاجية · بدرية · طيبية · قمي · ساوي · خوارزم · درآيه · جلالية

سيد فوائد · كاشاني · برباتي · عناية · منهاج · دانشمند · عصام · حبازي

ابن همام · كاكي · سروجي · غاية البيان · ملا حافظ · ابن كمال پاشا · عبد الجبار زاده · عيني

حدادي · دهلوي · سعد الدين · سعدي · كشف بزدوي · جلال الدين القونوي · هكذا وجدت في ظهر بعض الكتب محررة هنا

قال له = ارحكم
قال عنه = روي عنه
قال عليه = افترى عليه
قال فيه = اجرفيه
قال له = حقبه

[illegible]

كتاب الزكوة	كتاب الصلوة ١٣	كتاب الطهارات
كتاب النكاح ٦٤	كتاب الحج ٤٨	كتاب الصوم ٤٥
كتاب العتاق ١٢٢	كتاب الطلاق ٨٣	كتاب الرضاع ٩٣
كتاب السرقة ١٥٠	كتاب الحدود ١٤٠	كتاب الايمان ١٣١
كتاب اللقطة ١٨٠	كتاب اللقيط ١٨٢	كتاب السير ١٥٦
كتاب الشركة ١٨٥	كتاب المفقود ١٨٤	كتاب الاباق ١٨٤
كتاب الصرف ٢٢٢	كتاب البيوع ١٩٢	كتاب الوقف ١٨٩
كتاب القضاء ٢٣٣	كتاب الحوالة ٢٣٠	كتاب الكفالة ٢٢٨
كتاب الدعوى ٢٥٢	كتاب الوكالة ٢٤٥	كتاب الشهادة ٢٣٧
كتاب المضاربة ٣٠٢	كتاب الصلح ٢٦٥	كتاب الاقرار ٢٦٣

كتاب الهبة ٣١١	كتاب العارية ٣٠٩	كتاب الوديعة ٣٠٧
كتاب الولاء ٣٣٣	كتاب المكاتب ٣٢٣	كتاب الاجارات ٣١٤
كتاب المأذون ٣٣٧	كتاب الحجر	كتاب الاكراه ٣٣٢
كتاب القسمة ٣٥٤	كتاب الشفعة	كتاب الغصب
كتاب الذبائح ٣٦٣	كتاب المساقاة ٣٦٢	كتاب المزارعة ٣٥٩
كتاب احياء الموات	كتاب الكراهية	كتاب الاضحية ٣٦٦
كتاب الرهن ٣٩٣	كتاب الصيد ٣٨٦	كتاب الاشربة
كتاب المعاقل ٤٣٢	كتاب الديات	كتاب الجنايات
فصل في احكام الخنثى مسائل متفرقة	كتاب الخنثى ٤٣٩	كتاب الوصايا ٤٣٥
باب وصية الذمي	باب الوصية للاقارب	فصل في اعتبار حالة الوصية

الملك لله دخل في حفظ عبده
الحاجي بشير اغا دار السعادة الشريفة
لسنة ثمان وخمسين ومائة
والف

٣٠٦

هذا الكتاب المستطاب من وقف حضرة مولانا صاحب الخيرات الحسان [illegible] ذو الجود والاحسان والعمل
منور مصابيح المقاصد بانوار العناية [illegible] معاقد المراصد [illegible] الكتابة جامع محاسن العلم والعمل
حائز مجامع البر الاكمل الا وهو اغا دار السعادة الحاج بشير [illegible] المزيد للكرم
[illegible] على كل شيء قدير حرره العبد الفقير [illegible] محمد [illegible]
عفي عنه

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي اعلى معالم العلم واعلامه واظهر شعائر الشرع واحكامه وبعث رسلا وانبياء عليهم السلام الى سبيل الحق هادين واخلفهم علماء رحمهم الله الى سنن سننهم داعين يسلكون فيما لم يؤثر عنهم مسلك الاجتهاد مسترشدين منه في ذلك وهو ولي الارشاد وخص اوائل المستنبطين بالتوفيق حتى وضعوا مسائل من كل جلي ودقيق غير ان الحوادث متعاقبة الوقوع والنوازل يضيق عنها نطاق الموضوع واقتناص الشوارد بالاقتباس من الموارد والاعتبار بالامثال من صنعة الرجال وبالوقوف على المآخذ يعض عليها بالنواجذ وقد جرى على الوعد في مبداء بداية المبتدي ان اشرحها بتوفيق الله شرحا ارسمه بكفاية المنتهي فشرعت فيه والوعد يسوغ بعض المساغ وحين اكاد اتكئ عنه اتكاء الفراغ تبينت فيه نبذا من الاطناب وخشيت ان يهجر لاجله الكتاب فصرفت العنان والعناية الى شرح آخر موسوم بالهداية اجمع فيه بتوفيق الله تعالى بين عيون الرواية ومتون الدراية تاركا للزوائد في كل باب معرضا عن هذا النوع من الاسهاب مع ما انه يشتمل على اصول ينسحب عليها فصول واسأل الله ان يوفقني لاتمامها ويختم لي بالسعادة بعد اختتامها حتى ان من سمت همته الى مزيد الوقوف يرغب في الاطول والاكبر ومن اعجله الوقت عنه يقتصر على الاقصر والاصغر وللناس فيما يعشقون مذاهب والفن خير كله ثم سألني بعض اخواني ان املي عليهم المجموع الثاني فافتتحته مستعينا بالله في تحرير ما اقاوله متضرعا اليه في التيسير لما احاوله انه الميسر لكل عسير وهو على ما يشاء قدير وبالاجابة جدير كتاب الطهارات قال الله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلوة الآية ففرض الطهارة غسل الاعضاء الثلثة ومسح الراس بهذا النص والغسل هو الاسالة والمسح هو الاصابة وحد الوجه من قصاص الشعر الى اسفل الذقن والى شحمتي الاذن لان المواجهة تقع بهذه الجملة وهو مشتق منها والمرفقان والكعبان يدخلان في الغسل عندنا خلافا لزفر رحمه الله وهو يقول ان الغاية لا يدخل تحت المغيا كالليل في الصوم ولنا ان هذه الغاية لاسقاط

ما ورايها

ما وراءها اذ لولاها لاستوعبت الوظيفة الكل وفي باب الصوم لمد الحكم اليها اذ الاسم يطلق على الامساك ساعة والكعب هو العظم الناتي هو الصحيح ومنه الكاعب والمفروض في مسح الراس مقدار الناصية وهو ربع الراس لما روى المغيرة رضي الله ان النبي عليه السلام اتى سباطة قوم فبال وتوضأ ومسح على ناصيته وخفيه والكتاب مجمل فالتحق بيانا به وهو حجة على الشافعي رحمه الله في التقدير بثلاث شعرات وعلى مالك رحمه الله في اشتراط الاستيعاب وفي بعض الروايات قدره بعض اصحابنا بثلاث اصابع لانها اكثر ما هو الاصل في آلة المسح وسنن الطهارة غسل اليدين قبل ادخالهما الاناء اذا استيقظ المتوضئ من نومه لقوله عليه السلام اذا استيقظ احدكم من منامه فلا يغمسن يده في الاناء حتى يغسلها ثلاثا فانه لا يدري اين باتت يده ولان اليد آلة التطهير فتسن البداية بتنظيفها وهذا الغسل الى الرسغ لوقوع الكفاية به في التنظيف وتسمية الله تعالى في ابتداء الوضوء لقوله عليه السلام لا وضوء لمن لم يسم والمراد نفي الفضيلة والاصح انها مستحبة وان سماها في الكتاب سنة ويسمي قبل الاستنجاء وبعده هو الصحيح والسواك لانه عليه السلام كان يواظب عليه وعند فقده يعالج بالاصبع لانه عليه السلام فعل كذلك قال والمضمضة والاستنشاق لانه عليه السلام فعلهما على المواظبة وكيفيته ان يمضمض ثلاثا يأخذ لكل مرة ماء جديدا ثم يستنشق كذلك هو المحكي عن وضوئه عليه السلام قال ومسح الاذنين وهو سنة بماء الراس عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لقوله عليه السلام الاذنان من الراس والمراد بيان الحكم دون الخلقة وتخليل اللحية لانه عليه السلام امره جبرئيل عليه السلام بذلك وقيل هو سنة عند ابي يوسف رحمه الله جائز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان السنة اكمال الفرض في محله وداخل اللحية ليس بمحل له وتخليل الاصابع لقوله عليه السلام خللوا اصابعكم كيلا تتخللها نار جهنم ولانه اكمال الفرض في محله وتكرار الغسل الى الثلث لان النبي عليه السلام توضأ مرة مرة وقال هذا وضوء لا يقبل الله تعالى الصلوة الا به وتوضأ مرتين مرتين وقال هذا وضوء من يضاعف الله له الاجر مرتين وتوضأ ثلاثا ثلاثا وقال هذا وضوئي ووضوء الانبياء من قبلي فمن زاد او نقص فقد تعدى وظلم والوعيد لعدم رؤيته سنة قال ويستحب للمتوضئ ان ينوي الطهارة فالنية في الوضوء سنة عندنا وعند الشافعي فرض لانه عبادة فلا يصح بدون النية كالتيمم ولنا انه لا يقع قربة الا بالنية ولكنه يقع مفتاحا للصلوة لوقوعه طهارة باستعمال المطهر بخلاف التيمم لان التراب غير مطهر الا في حال ارادة الصلوة او هو ينبئ عن القصد ويستوعب رأسه بالمسح وهو سنة وقال الشافعي رحمه الله السنة التثليث بمياه مختلفة اعتبارا بالمغسول ولنا ان انسا رضي الله عنه توضأ

ثلاثا ثلاثا ومسح برأسه مرة واحدة وقال هذا وضوء رسول الله عليه السلام والذي يروى من التثليث محمول عليه بماء واحد وهو مشروع على ما روي عن أبي حنيفة رحمه الله ولأن المفروض هو المسح وبالتكرار يصير غسلا فلا يكون مسنونا فصار كمسح الخف بخلاف الغسل لأنه لا يضره التكرار قال ويرتب الوضوء فيبدأ بما بدأ الله بذكره وبالميامن فالترتيب في الوضوء سنة عندنا وقال الشافعي فرض لقوله تعالى فاغسلوا وجوهكم والفاء للتعقيب ولنا أن المذكور فيها حرف الواو وهي لمطلق الجمع بإجماع أهل اللغة فيقتضي إعقاب غسل جملة الأعضاء والبداية بالميامن فضيلة لقوله عم إن الله يحب التيامن في كل شيء حتى التنعل والترجل

فصل في نواقض الوضوء

المعاني الناقضة للوضوء كل ما يخرج من السبيلين لقوله تعالى أو جاء أحد منكم من الغائط وقيل لرسول الله عليه السلام وما الحدث قال ما يخرج من السبيلين وكلمة ما عامة فتتناول المعتاد وغيره والدم والقيح إذا خرجا من البدن فتجاوزا إلى موضع يلحقه حكم التطهير والقيء ملء الفم وقال الشافعي رحمه الله الخارج من غير السبيلين لا ينقض الوضوء لما روي أن النبي عم قاء فلم يتوضأ ولأن غسل غير موضع الإصابة أمر تعبدي فيقتصر على مورد الشرع وهو المخرج المعتاد ولنا قوله عليه السلام الوضوء من كل دم سائل وقوله من قاء أو رعف في صلاته فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلاته ما لم يتكلم ولأن خروج النجاسة مؤثر في زوال الطهارة وهذا القدر في الأصل معقول والاقتصار على الأعضاء الأربعة غير معقول لكنه يتعدى ضرورة تعدي الأول غير أن الخروج يتحقق بالسيلان إلى موضع يلحقه حكم التطهير وبملء الفم في القيء لأن بزوال القشرة تظهر النجاسة في محلها فتكون بادية لا خارجة بخلاف السبيلين لأن ذلك الموضع ليس بموضع النجاسة فيستدل بالظهور على الانتقال والخروج والفم له ظاهر من وجه وباطن من وجه فاعتبر ظاهرا في ملء الفم باطنا فيما دونه وملء الفم أن يكون بحال لا يمكن ضبطه إلا بتكلف لأنه يخرج ظاهرا فاعتبر خارجا وقال زفر رحمه الله قليل القيء وكثيره سواء وكذا لا يشترط السيلان عنده اعتبارا بالمخرج المعتاد ولإطلاق قوله عليه السلام القلس حدث ولنا قوله عليه السلام ليس في القطرة والقطرتين من الدم وضوء إلا أن يكون سائلا وقول علي رضي الله عنه حين عد الأحداث جملة أو دسعة تملأ الفم وإذا تعارضت الأخبار يحمل ما رواه الشافعي رحمه الله على القليل وما رواه زفر رحمه الله على الكثير والفرق بين المسلكين ما قدمناه ولو قاء متفرقا بحيث لو جمع يملأ الفم فعند أبي يوسف رحمه الله يعتبر اتحاد المجلس وعند محمد رحمه الله

اتحاد السبب وهو الغثيان ثم ما لا يكون حدثا لا يكون نجسا يروى ذلك عن أبي يوسف رحمه الله وهو الصحيح لأنه ليس بنجس حكما حيث لم ينتقض به الطهارة وهذا إذا قاء مرة أو طعاما أو ماء وإن قاء بلغما فغير ناقض عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف ناقض إذا كان ملء الفم والخلاف في المرتقي من الجوف وأما النازل من الرأس فغير ناقض بالاتفاق لأن الرأس ليس بموضع النجاسة لأبي يوسف أنه نجس بالمجاورة ولهما أنه لزج لا تتخلله النجاسة وما يتصل به قليل والقليل في القيء غير ناقض ولو قاء دما وهو علق يعتبر فيه ملء الفم لأنه سوداء محترقة وإن كان مائعا فكذلك عند محمد رحمه الله اعتبارا بسائر أنواعه وعندهما إن سال بقوة نفسه ينقض وإن كان قليلا لأن المعدة ليست بمحل الدم فيكون من قرحة في الجوف ولو نزل من الرأس إلى ما لان من الأنف نقض بالاتفاق لوصوله إلى موضع يلحقه حكم التطهير فيتحقق الخروج والنوم مضطجعا أو متكئا أو مستندا إلى شيء لو أزيل لسقط لأن الاضطجاع سبب لاسترخاء المفاصل فلا يعرى عن خروج شيء عادة والثابت عادة كالمتيقن به والاتكاء يزيل مسكة اليقظة لزوال المقعد عن الأرض ويبلغ الاسترخاء غايته بهذا النوع من الاستناد غير أن السند يمنعه من السقوط بخلاف حالة القيام والقعود والركوع والسجود في الصلاة وغيرها هو الصحيح لأن بعض الاستمساك باق إذ لو زال لسقط فلم يتم الاسترخاء والأصل فيه قوله عم لا وضوء على من نام قائما أو قاعدا أو راكعا أو ساجدا إنما الوضوء على من نام مضطجعا فإنه إذا نام مضطجعا استرخت مفاصله والغلبة على العقل بالإغماء والجنون لأنه فوق النوم مضطجعا في الاسترخاء والإغماء حدث في الأحوال كلها وهو القياس في النوم إلا أنا عرفناه بالأثر والإغماء فوقه فلا يقاس عليه والقهقهة في كل صلاة ذات ركوع وسجود والقياس أنها لا تنقض وهو قول الشافعي لأنه ليس بخارج نجس ولهذا لم يكن حدثا في صلاة الجنازة وسجدة التلاوة وخارج الصلاة ولنا قوله عليه السلام ألا من ضحك منكم قهقهة فليعد الوضوء والصلاة جميعا وبمثله يترك القياس والأثر ورد في صلاة مطلقة فيقتصر عليها والقهقهة ما يكون مسموعا له ولجيرانه والضحك ما يكون مسموعا له دون جيرانه وهو على ما قيل يفسد الصلاة دون الوضوء والدابة تخرج من الدبر ناقض وإن خرجت من رأس الجرح أو سقط اللحم منه لا ينقض والمراد بالدابة الدودة وهذا لأن النجس ما عليها وذلك قليل وهو حدث في السبيلين دون غيرهما فأشبه الجشاء

والفساء بخلاف الريح الخارجة من قبل المرأة وذكر الرجل لانها لا تنبعث عن محل النجاسة
حتى لو كانت مفضاة يستحب لها الوضوء لاحتمال خروجها من الدبر فان قشرت نفطة
فسال منها ماء او صديد او غيره عن راس الجرح نقض وان لم يسل لا ينقض وقال
زفر لا ينقض في الوجهين وقال الشافعي لا ينقض في الوجهين وهي مسئلة الخارج من غير السبيلين
وهذه الجملة نجسة لان الدم ينضج فيصير قيحا ثم يزداد نضجا فيصير صديدا ثم يصير ماء
وهذا اذا قشرها فخرج بنفسه اما اذا عصرها فخرج بعصره لا ينقض لانه مخرج وليس بخارج

فصل في الغسل وفرض الغسل المضمضة والاستنشاق وغسل سائر البدن وعند الشافعي
هما سنتان فيه لقوله عليه السلام عشر من الفطرة اي من السنة وذكر فيها المضمضة والاستنشاق
ولهذا كانا سنتين في الوضوء ولنا قوله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا وهو امر بتطهير جميع البدن
الا ان ما يتعذر ايصال الماء اليه خارج عن قضية النص بخلاف الوضوء لان الواجب فيه غسل الوجه
والمواجهة فيهما منعدمة والمراد بما روي حالة الحدث بدليل قوله عليه السلام انهما فرضان في الجنابة
سنتان في الوضوء وسنته ان يبدأ المغتسل فيغسل يديه وفرجه ويزيل النجاسة ان كانت
على بدنه ثم يتوضأ وضوءه للصلوة الا رجليه ثم يفيض الماء على رأسه وسائر جسده ثلثا ثم
يتنحى عن ذلك المكان فيغسل رجليه هكذا حكت ميمونة رضي الله عنها اغتسال رسول الله
صلى الله عليه وسلم وانما يؤخر غسل رجليه لانهما في مستنقع الماء المستعمل فلا يفيد الغسل
حتى لو كان على لوح لا يستنقع عليه الماء لا يؤخره وانما يبدأ بازالة النجاسة الحقيقية كيلا تزداد
باصابة الماء وليس على المرأة ان تنقض ضفائرها في الغسل اذا بلغ الماء اصول الشعر
لقوله عليه السلام لام سلمة رضي الله عنها يكفيك اذا بلغ الماء اصول شعرك وليس عليها بل
ذوائبها هو الصحيح لما فيه من الحرج بخلاف اللحية لانه لا حرج في ايصال الماء الى اثنائها قال
والمعاني الموجبة للغسل انزال المني على وجه الدفق والشهوة من الرجل والمرأة حالة
النوم واليقظة وعند الشافعي خروج المني كيف ما كان يوجب الغسل لقوله عليه السلام الماء من الماء
اي الغسل من المني ولنا ان الامر بالتطهير يتناول الجنب والجنابة في اللغة خروج المني على وجه
الدفق والشهوة يقال اجنب الرجل اذا قضى شهوته من المرأة والحديث محمول على الخروج
عن شهوة ثم المعتبر عند ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما انفصاله عن مكانه على وجه الشهوة وعند ابي يوسف

طهوره

ظهوره ايضا اعتبارا للخروج بالمزايلة اذ الغسل يتعلق بهما ولهما انه متى وجب من وجه فالاحتياط
في الايجاب والتقاء الختانين من غير انزال لقوله عليه السلام اذا التقى الختانان وغابت
الحشفة وجب الغسل انزل او لم ينزل ولانه سبب الانزال ونفسه يتغيب عن بصره وقد يخفى عليه
لقلته فيقام مقامه وكذا الايلاج في الدبر لكمال السببية ويجب على المفعول به احتياطا بخلاف البهيمة وما دون الفرج
لان السببية ناقصة والحيض لقوله تعالى حتى يطهرن بالتشديد وكذا النفاس بالاجماع وسن
رسول الله صلى الله عليه وسلم الغسل للجمعة والعيدين وعرفة والاحرام نص على السنية وقيل
هذه الاربعة مستحبة وسمى محمد رحمه الله الغسل يوم الجمعة حسنا في الاصل وقال مالك هو واجب
لقوله عليه السلام من اتى الجمعة فليغتسل ولنا قوله عليه السلام من توضأ يوم الجمعة فبها ونعمت ومن اغتسل
فهو افضل وبهذا يحمل ما رواه على الاستحباب او على النسخ ثم هذا الغسل لاجل الصلوة عند ابي يوسف
رحمه الله وهو الصحيح لزيادة فضيلتها على الوقت واختصاص الطهارة بها وفيه خلاف الحسن والعيدان
بمنزلة الجمعة لان فيهما الاجتماع فيستحب الاغتسال دفعا للتأذي بالرائحة واما في عرفة والاحرام
فسنبينه في المناسك ان شاء الله تعالى وليس في المذي والودي غسل وفيهما الوضوء لقوله عليه السلام
كل فحل يمذي وفيه الوضوء والودي الغليظ من البول يتعقب الرقيق منه خروجا فيكون معتبرا به والمني
خاثر ابيض ينكسر منه الذكر والمذي رقيق يضرب الى البياض يخرج عند ملاعبة الرجل اهله والتفسير
مأثور عن عائشة رضي الله عنها باب الماء الذي يجوز به الوضوء ومالا يجوز الطهارة من الاحداث جائزة بماء السماء
والاودية والعيون والآبار والبحار لقوله تعالى وانزلنا من السماء ماء طهورا وقوله عليه السلام الماء
طهور لا ينجسه شيء الا ما غير لونه او طعمه او ريحه ومطلق الاسم ينطلق على هذه المياه ولا يجوز بما اعتصر
من الشجر والثمر لانه ليس بماء مطلق والحكم عند فقده منقول الى التيمم والوظيفة في هذه الاعضاء
تعبدية فلا تتعدى الى غير المنصوص عليه اما الماء الذي يقطر من الكرم فيجوز التوضي به لانه ماء خرج من غير
علاج ذكره في جوامع ابي يوسف وفي الكتاب اشارة اليه حيث شرط الاعتصار ولا يجوز بماء غلب
عليه غيره فاخرجه عن طبع الماء كالاشربة والخل وماء الباقلاء والمرق وماء الزردج لانه لا يسمى
ماء مطلقا والمراد بماء الباقلاء ما تغير بالطبخ وان تغير بدون الطبخ يجوز التوضي به وتجوز الطهارة
بماء خالطه شيء طاهر فغير احد اوصافه كماء المد والماء الذي اختلط به الاشنان او الزعفران
او الصابون قال رضي الله عنه اجرى في المختصر ماء الزردج مجرى المرق والمروي عن ابي يوسف رحمه الله
انه بمنزلة ماء الزعفران هو الصحيح كذا اختاره الناطفي والامام السرخسي رحمهما الله وقال الشافعي

كلها بماء نجس من الماء لاسقاط الفرض عن العضو باول الملاقات والرجل لنجاسة الحدث في بقية الاعضاء وقيل عنده نجاسة الرجل بنجاسة الماء المستعمل وعنه ان الرجل طاهر لان الماء لا يعطى له حكم الاستعمال قبل الانفصال وهو اوفق الروايات عنه قال وكل اهاب دبغ فقد طهر وجازت الصلوة فيه والوضوء منه الا جلد الخنزير والآدمي لقوله عليه السلام ايما اهاب دبغ فقد طهر وهو بعمومه حجة على مالك رحمه الله في جلد الميتة ولا يعارض بالنهي الوارد عن الانتفاع من الميتة باهاب لانه اسم لغير المدبوغ وحجة على الشافعي رحمه الله في جلد الكلب وليس الكلب بنجس العين الا يرى انه ينتفع به حراسة واصطيادا بخلاف الخنزير لانه نجس العين اذ الهاء في قوله تعالى فانه رجس منصرف اليه لقربه وحرمة الانتفاع باجزاء الآدمي لكرامته فخرجا عما رويناه ثم ما يمنع النتن والفساد فهو دباغ وان كان تشميسا او تتريبا لان المقصود يحصل به فلا معنى لاشتراط غيره وما يطهر جلده بالدباغ يطهر بالذكاة لانه تعمل عمل الدباغ في ازالة الرطوبات النجسة وكذلك يطهر لحمه وان لم يكن ماكولا وشعر الميتة وعظمها طاهر وقال الشافعي رحمه الله نجس لانه من اجزاء الميتة ولنا انه لا حيوة فيها ولهذا لا يتألم بقطعها فلا يحلها الموت اذ الموت زوال الحيوة وشعر الانسان وعظمه طاهر وقال الشافعي رحمه الله نجس لانه من اجزاء الميتة لا ينتفع به ولا يجوز بيعه ولنا ان عدم الانتفاع والبيع لكرامته فلا يدل على نجاسته

فصل في البئر واذا وقعت في البئر نجاسة نزحت وكان نزح ما فيها من الماء طهارة لها باجماع السلف ومسائل البئر مبنية على اتباع الآثار دون القياس فان وقعت فيها بعرة او بعرتان من بعر الابل او الغنم لم تفسد الماء استحسانا والقياس ان تفسد لوقوع النجاسة في الماء القليل وجه الاستحسان ان آبار الفلوات ليست لها رؤس حاجزة والمواشي تبعر حولها فتلقيها الريح فيها فجعل القليل عفوا للضرورة ولا ضرورة في الكثير وهو ما يستكثره الناظر في المروي عن ابي حنيفة رحمه الله وعليه الاعتماد ولا فرق بين الرطب واليابس والصحيح والمنكسر والبعر والروث والخثي لان الضرورة تشمل الكل وفي الشاة تبعر في المحلب بعرة او بعرتين قالوا ترمى البعرة ويشرب اللبن لمكان الضرورة ولا يعفى القليل في الاناء على ما قيل لعدم الضرورة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه كالبئر في حق البعرة والبعرتين فان وقع

وعند الشافعي نزحت النجاسة ويبقى الماء طاهرا لان المذهب انه اذا بلغت قلتين لم يحمل خبثا والبئر اكثر من القلتين

فيها خرء حمام او العصفور لا يفسده خلافا للشافعي رحمه الله له انه استحال الى نتن وفساد فاشبه خرء الدجاج ولنا اجماع المسلمين على اقتناء الحمامات في المساجد مع ورود الامر بتطهيرها واستحالته لا الى نتن ولا رائحة فاشبه الحمأة فان بالت فيها شاة نزح الماء كله عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا ينزح الا اذا غلب على الماء فيخرج من ان يكون طهورا واصله ان بول ما يؤكل لحمه طاهر عنده نجس عندهما له انه عليه السلام امر العرنيين بشرب ابوال الابل والبانها ولهما قوله عليه السلام استنزهوا من البول فان عامة عذاب القبر منه ولانه يستحيل الى نتن وفساد فصار كبول ما لا يؤكل لحمه وتأويل ما رواه انه عرف شفاءهم فيه وحيا ثم عند ابي حنيفة رحمه الله لا يحل شربه للتداوي لانه لا يتيقن بالشفاء فيه فلا يعرض عن الحرمة وعند ابي يوسف يحل للقصة وعند محمد يحل للتداوي وغيره لطهارته عنده وان ماتت فيها فارة او عصفورة او صعوة او سودانية او سام ابرص نزح منها عشرون دلوا الى ثلثين بحسب كبر الدلو وصغره يعني بعد اخراج الفارة لحديث انس رضي الله عنه انه قال في الفارة ماتت في البئر واخرجت من ساعتها ينزح منها عشرون دلوا والعصفورة ونحوها تعادل الفارة في الجثة فاخذت حكمها والعشرون بطريق الايجاب والثلثون بطريق الاستحباب فان ماتت فيها حمامة او نحوها كالدجاجة والسنور نزح منها ما بين اربعين الى ستين وفي الجامع اربعون او خمسون وهو الاظهر لما روي عن ابي سعيد الخدري رضي الله عنه انه قال في الدجاجة اذا ماتت في البئر ينزح منها اربعون دلوا وهذا لبيان الايجاب والخمسون بطريق الاستحباب ثم المعتبر في كل بئر دلوها الذي يستقى به منها وقيل دلو يسع فيه صاع ولو نزح بدلو عظيم مرة مقدار عشرين دلوا جاز لحصول المقصود وان ماتت فيها شاة او آدمي نزح منها جميع ما فيها لان ابن عباس وابن الزبير رضي الله عنهما افتيا بنزح الماء كله حين مات زنجي في بئر زمزم فان انتفخ الحيوان فيها او تفسخ نزح جميع ما فيها صغر الحيوان او كبر لانتشار البلة في اجزاء الماء وان كانت البئر معينا لا يمكن نزحها اخرجوا مقدار ما كان فيها من الماء وطريق معرفته ان تحفر حفيرة مثل موضع الماء ويصب فيها ما ينزح منها الى ان تمتلئ او ترسل فيها قصبة ويجعل لمبلغ الماء علامة ثم ينزح منها مثلا عشر دلاء ثم تعاد القصبة فينظر كم انتقص فينزح لكل قدر منه عشر دلاء وهذان عن ابي يوسف رحمه الله وعن محمد رحمه الله مائتا دلو الى ثلثمائة فكانه بنى على ما شاهده في بلده وعن ابي حنيفة في الجامع الصغير

في مثله ينزح حتى يغلبهم الماء ولم يقدر الغلبة بشيء كما هو دأبه وقيل يؤخذ بقول رجلين لهما بصارة
في امر الماء وهذا اشبه بالفقه فان وجد في البئر فارة او غيرها ولا يدرى متى وقعت
ولم تنتفخ ولم تتفسخ اعادوا صلوة يوم وليلة اذا كانوا توضؤا منها وغسلوا كل شيء اصابه
ماؤها وان كانت قد انتفخت او تفسخت اعادوا ثلثة ايام ولياليها وهذا عند ابي حنيفة
وقالا ليس عليهم اعادة شيء حتى يتحققوا متى وقعت لان اليقين لا يزال بالشك وصار كمن
رأى في ثوبه نجاسة لا يدري متى اصابته ولابي حنيفة ان للموت سببا ظاهرا وهو الوقوع
في الماء فيحال به عليه الا ان الانتفاخ دليل التقادم فيقدر بالثلث وعدم الانتفاخ
والتفسخ دليل قرب العهد فقدرناه بيوم وليلة لان ما دون ذلك ساعات لا يمكن ضبطها
واما مسئلة النجاسة على الثوب فقد قال المعلى هي على الخلاف فيقدر بالثلث في حق البالي
وبيوم وليلة في حق الطري ولو سلم فالثوب بمرأى عينه والبئر غائب عن بصره فيفترقان

فصل في الأسآر وغيرها وعرق كل شيء معتبر بسؤره لانهما يتولدان من لحمه فاخذ احدهما
حكم صاحبه وسؤر الآدمي وما يؤكل لحمه طاهر لان المختلط به اللعاب وقد تولد
من لحم طاهر ويدخل في هذا الجواب الجنب والحائض والكافر وسؤر الكلب نجس ويغسل الاناء من
ولوغه ثلثا لقوله عليه السلام يغسل الاناء من ولوغ الكلب ثلثا ولسانه يلاقي الماء
دون الاناء فلما تنجس الاناء فالماء اولى وهذا الحديث يفيد النجاسة والعدد في الغسل
وهو حجة على الشافعي رحمه الله في اشتراط السبع ولان ما يصيبه بوله يطهر بالثلث فما يصيبه
سؤره وهو دونه اولى والامر الوارد بالسبع محمول على ابتداء الاسلام وسؤر الخنزير نجس
على ما مر وسؤر سباع البهائم نجس خلافا للشافعي فيما سوى الكلب والخنزير لان لحمها نجس
ومنه يتولد اللعاب وهو المعتبر في الباب وسؤر الهرة طاهر مكروه وعن ابي يوسف رحمه الله
انه غير مكروه لان النبي عليه السلام كان يصغي لها الاناء فتشرب منه ثم يتوضأ به ولهما قوله
عليه السلام الهرة سبع والمراد بيان الحكم دون الخلقة والصورة الا انه سقطت النجاسة لعلة
الطوف فبقيت الكراهة وما رواه محمول على ما قبل التحريم ثم قيل كراهته لحرمة اللحم وقيل لعدم
تحاميها النجاسة وهذا يشير الى التنزه والاول الى القرب من التحريم ولو اكلت فارة ثم شربت
على فوره الماء تنجس الا اذا مكثت ساعة لغسلها فمها بلعابها والاستثناء على مذهب ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله ويسقط اعتبار الصب للضرورة قال وسؤر الدجاجة المخلاة مكروه لانها

تخالط

تخالط النجاسة ولو كانت محبوسة بحيث لا يصل منقارها الى ما تحت قدميها لا يكره لوقوع الامن عن
المخالطة وكذا سؤر سباع الطير لانها تأكل الميتة فاشبه المخلاة وعن ابي يوسف رحمه الله انها
اذا كانت محبوسة يعلم صاحبها انه لا قذر على منقارها لا يكره واستحسن المشايخ هذه الرواية وسؤر
ما يسكن في البيوت كالحية والفارة مكروه لان حرمة اللحم اوجبت نجاسة السؤر الا انه سقطت
النجاسة لعلة الطوف فبقيت الكراهة والتنبيه على العلة في الهرة قال وسؤر الحمار والبغل مشكوك
فيه وقيل الشك في طهارته لانه لو كان طاهرا لكان طهورا ما لم يغلب اللعاب على الماء وقيل
الشك في طهوريته لانه لو وجد الماء المطلق لا يجب عليه غسل رأسه وكذا لبنه طاهر وعرقه لا يمنع
جواز صلوة وان فحش وكذا سؤره وهو الاصح ويروى نص محمد على طهارته وسبب الشك
تعارض الادلة في اباحته وحرمته او اختلاف الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين في نجاسته وطهارته
وعن ابي حنيفة انه نجس ترجيحا للحرمة والنجاسة والبغل من نسل الحمار فيكون بمنزلته فان لم يجد غيرهما
يتوضأ بهما ويتيمم ويجوز ايهما قدم وقال زفر لا يجوز رحمه الله الا ان يقدم الوضوء لانه
ماء واجب الاستعمال فاشبه الماء المطلق ولنا ان المطهر احدهما فيفيد الجمع دون الترتيب
قال وسؤر الفرس طاهر عندهما لان لحمه مأكول وكذا عنده في الصحيح لان الكراهة لاظهار
شرفه فان لم يجد الا نبيذ التمر قال ابو حنيفة يتوضأ به ولا يتيمم لحديث ليلة الجن فان النبي
توضأ به حين لم يجد الماء وقال ابو يوسف رحمه الله يتيمم ولا يتوضأ به وهو رواية عن
ابي حنيفة وبه قال الشافعي رحمه الله عملا باية التيمم لانها اقوى
او هو منسوخ بها لانها مدنية وليلة الجن كانت مكية وقال محمد رحمه الله يتوضأ به ويتيمم
لان في الحديث اضطرابا وفي التاريخ جهالة فوجب الجمع احتياطا قلنا ليلة الجن كانت غير واحدة
فلا يصح دعوى النسخ والحديث مشهور عملت به الصحابة وبمثله يزاد على الكتاب واما الاغتسال
به فقد قيل يجوز عنده اعتبارا بالوضوء وقد قيل لا يجوز لانه فوقه قال والنبيذ المختلف
فيه ان يكون حلوا رقيقا يسيل على الاعضاء كالماء وما اشتد منه صار حراما لا يجوز
التوضي به وان غيرته النار فما دام حلوا فهو على الخلاف وان اشتد فعند ابي حنيفة
رحمه الله يجوز التوضي به لانه يحل شربه وعند محمد رحمه الله لا يتوضأ به لحرمة شربه عنده
ولا يجوز التوضي بما سواه من الانبذة جريا على قضية القياس

باب التيمم قال رضي الله
عنه ومن لم يجد ماء وهو مسافر او خارج المصر بينه وبين المصر نحو الميل او اكثر يتيمم
بالصعيد لقوله تعالى فتيمموا صعيدا طيبا وقوله عليه السلام التراب طهور المسلم ولو الى

عشر يصح لبعد الماء والميل هو المختار في المقدار لانه يلحقه الحرج بدخول المصر والماء معدوم حقيقة والمعتبر المسافة دون خوف الفوت لان التفريط ياتي من قبله ولو كان يجد الماء الا انه مريض يخاف ان استعمل الماء اشتد مرضه تيمم لما تلونا ولان الضرر في زيادة المرض فوق الضرر في زيادة ثمن الماء وذلك يبيح التيمم فهذا اولى ولا فرق بين ان يشتد مرضه بالتحرك او بالاستعمال واعتبر الشافعي رحمه الله خوف التلف وهو مردود بظاهر النص ولو خاف الجنب ان اغتسل ان يقتله البرد او يمرضه يتيمم بالصعيد وهذا اذا كان خارج المصر لما بينا ولو كان في المصر فكذلك عند ابي حنيفة خلافا لهما هما يقولان ان تحقق هذه الحالة نادر في المصر فلا يعتبر وله ان العجز ثابت حقيقة فلا بد من اعتباره والتيمم ضربتان يمسح باحديهما وجهه وبالاخرى يديه الى المرفقين لقوله عليه السلام التيمم ضربتان ضربة للوجه وضربة لليدين الى المرفقين وينفض يديه بقدر ما يتناثر التراب كيلا يصير مثلة ولا بد من الاستيعاب في ظاهر الرواية لقيامه مقام الوضوء ولهذا قالوا يخلل الاصابع وينزع الخاتم ليتم به المسح والحدث والجنابة فيه سواء وكذا الحيض والنفاس لما روي ان قوما جاؤا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالوا انا قوم نسكن هذه الرمال ولا نجد الماء شهرا او شهرين وفينا الجنب والحائض والنفساء فقال عليه السلام عليكم بارضكم ويجوز التيمم عند ابي حنيفة ومحمد بكل ما كان من جنس الارض كالتراب والرمل والحجر والجص والنورة والكحل والزرنيخ وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجوز الا بالتراب والرمل خاصة وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز الا بالتراب المنبت وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله لقوله تعالى فتيمموا صعيدا طيبا اي ترابا منبتا كذا قاله ابن عباس رضي الله عنهما غير ان ابا يوسف رحمه الله زاد عليه الرمل بالحديث الذي رويناه ولهما ان الصعيد اسم لوجه الارض سمي به لصعوده والطيب يحتمل الطاهر فحمل عليه لانه اليق بموضع الطهارة او هو مراد بالاجماع ثم لا يشترط ان يكون عليه غبار عند ابي حنيفة لاطلاق ما تلونا وكذا يجوز بالغبار مع القدرة على الصعيد عند ابي حنيفة ومحمد لانه تراب رقيق والنية فرض في التيمم وقال زفر رحمه الله ليس بفرض لانه خلف عن الوضوء فلا يخالفه في وصفه ولنا انه ينبئ عن القصد فلا يتحقق بدونه او جعل طهورا في حالة مخصوصة والماء طهور بنفسه على ما مر ثم اذا نوى الطهارة او استباحة الصلوة اجزاه ولا يشترط نية التيمم للحدث او للجنابة هو الصحيح من المذهب فان تيمم نصراني يريد به الاسلام ثم اسلم

لم يكن

لم يكن متيمما عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله هو متيمم لانه نوى قربة مقصودة بخلاف التيمم لدخول المسجد ومس المصحف بخلاف التيمم لانه ليس بقربة مقصودة ولهما ان التراب ما جعل طهورا الا في حالة ارادة قربة مقصودة لا تصح بدون الطهارة والاسلام قربة تصح بدونها بخلاف سجدة التلاوة لانها قربة مقصودة لا تصح بدون الطهارة وان توضا لا يريد به الاسلام ثم اسلم فهو متوضئ عندنا خلافا للشافعي بناء على اشتراط النية فان تيمم المسلم ثم ارتد والعياذ بالله ثم اسلم فهو على تيممه وقال زفر رحمه الله بطل تيممه لان الكفر ينافيه فيستوي فيه الابتداء والبقاء كالمحرمية في النكاح ولنا ان الباقي صفة كونه طاهرا فاعتراض الكفر عليه لا ينافيه كما لو اعترض على الوضوء وانما لا يصح من الكافر ابتداء لعدم النية منه وينقض التيمم كل شيء ينقض الوضوء لانه خلف عنه فاخذ حكمه وينقضه ايضا رؤية الماء اذا قدر على استعماله لان القدرة هي المرادة بالوجود الذي هو غاية لطهورية التراب وخائف السبع والعدو والعطش عاجز حكما والنائم عند ابي حنيفة رحمه الله قادر تقديرا حتى لو مر النائم المتيمم على الماء بطل تيممه والمراد ماء يكفي للوضوء لانه لا معتبر بما دونه ابتداء فكذا انتهاء ولا يتيمم الا بصعيد طاهر لان الطيب اريد به الطاهر ولانه آلة التطهير فلا بد من طهارته في نفسه كالماء ويستحب لعادم الماء وهو يرجوه ان يؤخر الصلوة الى آخر الوقت فان وجد الماء توضا والا تيمم وصلى ليقع الاداء باكمل الطهارتين وصار كالطامع في الجماعة وعن ابي حنيفة وابي يوسف في غير رواية الاصول ان التاخير حتم لان غالب الراي كالمتحقق وجه ظاهر الرواية ان العجز ثابت حقيقة فلا يزول حكمه الا بيقين مثله ويصلي بتيممه ما شاء من الفرائض والنوافل وعند الشافعي يتيمم لكل فرض لانه طهارة ضرورية ولنا انه طهور حال عدم الماء فيعمل عمله ما بقي شرطه ويتيمم الصحيح في المصر اذا حضرت جنازة والولي غيره فخاف ان اشتغل بالطهارة ان تفوته الصلوة لانها لا تقضى فيتحقق العجز وكذلك من حضر العيد فخاف ان اشتغل بالطهارة ان تفوته العيد يتيمم لانها لا تعاد وقوله والولي غيره اشارة الى انه لا يجوز للولي وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله هو الصحيح لان للولي حق الاعادة فلا فوات في حقه فان احدث الامام او المقتدي في صلوة العيد تيمم وبنى عند ابي حنيفة وقالا لا يتيمم للبناء لان اللاحق يصلي بعد فراغ الامام فلا يخاف الفوت وله ان الخوف باق لانه يوم زحمة فيعتريه عارض يفسد عليه صلوته والخلاف فيما اذا شرع بالوضوء ولو شرع بالتيمم تيمم وبنى بالاتفاق لانا لو اوجبنا الوضوء يكون

واجد للماء في صلوته فتفسد صلوته ولا يتيمم للجمعة وان خاف الفوت لو توضأ فان ادرك الجمعة صلاها والا صلى الظهر لانها تفوت الى خلف وهو الظهر بخلاف العيد وكذا اذا خاف فوت الوقت لو توضأ لم يتيمم ويتوضأ ويقضي ما فاته لان الفوات الى خلف وهو القضاء والمسافر اذا نسي الماء في رحله فتيمم وصلى ثم ذكر الماء لم يعدها عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف يعيدها والخلاف فيما اذا وضعه بنفسه او وضعه غيره بامره والذكر في الوقت وبعده سواء له انه واجد للماء فصار كما اذا كان في رحله ثوب نسيه ولان رحل المسافر معدن للماء عادة فيفترض الطلب ولهما انه لا قدرة بدون العلم وهي المرادة بالوجود وماء الرحل معد للشرب لا للاستعمال ومسئلة الثوب على الاختلاف ولو كان على الاتفاق ففرض الستر يفوت لا الى خلف والطهارة الى خلف وهو التيمم وليس على المتيمم طلب الماء اذا لم يغلب على ظنه ان بقربه ماء لان الغالب عدم الماء في الفلوات ولا دليل على الوجود فلم يكن واجدا وان غلب على ظنه ان هناك ماء لم يجز له ان يتيمم حتى يطلبه لانه واجد للماء نظرا الى الدليل ثم يطلب مقدار الغلوة ولا يبلغ ميلا كيلا ينقطع عن رفقته وان كان مع رفيقه ماء طلب منه قبل ان يتيمم لعدم المنع غالبا فان منعه منه تيمم لتحقق العجز ولو تيمم قبل الطلب اجزاه عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لا يلزمه الطلب من ملك الغير وقالا لا يجزيه لان الماء مبذول عادة ولو ابى ان يعطيه الا بثمن المثل وعنده ثمنه لا يجزيه التيمم لتحقق القدرة ولا يلزمه تحمل الغبن الفاحش لان الضرر مسقط

باب المسح على الخفين

قال رضي الله عنه المسح على الخفين جائز بالسنة والاخبار فيه مستفيضة حتى قيل ان من لم يره كان مبتدعا لكن من رآه ثم لم يمسح آخذا بالعزيمة كان مأجورا ويجوز من كل حدث موجب للوضوء اذا لبسهما على طهارة كاملة ثم احدث خصه بحدث موجب للوضوء لانه لا مسح من الجنابة على ما نبين ان شاء الله تعالى وبحدث متأخر لان الخف عهد مانعا فلو جوزناه بحدث سابق كالمستحاضة اذا لبست ثم خرج الوقت والمتيمم اذا لبس ثم رأى الماء كان رافعا وقوله اذا لبسهما على طهارة كاملة لا يفيد اشتراط الكمال وقت اللبس بل وقت الحدث وهو المذهب عندنا حتى لو غسل رجليه ولبس خفيه ثم اكمل الطهارة ثم احدث يجزيه المسح وهذا لان الخف مانع حلول الحدث بالقدم فيراعى كمال الطهارة وقت المنع حتى لو كانت ناقصة عند ذلك كان الخف رافعا ويجوز للمقيم يوما وليلة وللمسافر ثلثة ايام ولياليها وابتداؤها عقيب الحدث لان الخف مانع سراية الحدث فيعتبر المدة من وقت المنع والمسح على ظاهرهما خطوطا بالاصابع يبدأ من قبل الاصابع الى الساق لحديث المغيرة ان النبي عم وضع يديه على خفيه ومدهما

من

من الاصابع الى اعلاهما مسحة واحدة وكاني انظر الى اثر المسح على خف رسول الله عم خطوطا بالاصابع ثم المسح على الظاهر حتم حتى لا يجوز على باطن الخف وعقبه وساقه لانه معدول به عن القياس فيراعى جميع ما ورد به الشرع والبداية من الاصابع استحباب اعتبارا بالاصل وهو الغسل وفرض ذلك مقدار ثلثة اصابع من اصابع اليد وقال الكرخي رحمه الله من اصابع الرجل والاصح الاول اعتبارا لآلة المسح ولا يجوز المسح على خف فيه خرق كبير يتبين منه قدر ثلثة اصابع من اصابع الرجل وان كان اقل من ذلك جاز وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز وان قل لانه لما وجب غسل البادي يجب غسل الباقي ولنا ان الخفاف لا تخلو عن الخرق القليل عادة فيلحقهم الحرج في النزع وتخلو عن الكبير فلا حرج والكبير ان ينكشف منه قدر ثلثة اصابع الرجل اصغرها هو الصحيح لان الاصل في القدم هو الاصابع والثلث اكثرها فتقام مقام الكل واعتبار الاصغر للاحتياط ولا معتبر بدخول الانامل اذا كان لا ينفرج عند المشي ويعتبر هذا المقدار في كل خف على حدة فيجمع الخرق في خف واحد ولا يجمع في خفين لان الخرق في احدهما لا يمنع قطع السفر بالآخر بخلاف النجاسة المتفرقة لانه حامل للكل وانكشاف العورة نظير النجاسة ولا يجوز المسح لمن وجب عليه الغسل لحديث صفوان بن عسال رضي الله عنهما قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمرنا اذا كنا سفرا ان لا ننزع خفافنا ثلثة ايام ولياليها الا عن جنابة ولكن من بول او غائط او نوم ولان الجنابة لا تتكرر فلا حرج في النزع بخلاف الحدث لانه يتكرر وينقض المسح كل شيء ينقض الوضوء لانه بعض الوضوء وينقضه ايضا نزع الخف لسراية الحدث الى القدم حيث زال المانع وكذا نزع احدهما لتعذر الجمع بين الغسل والمسح في وظيفة واحدة وكذا مضي المدة لما روينا واذا تمت المدة نزع خفيه وغسل رجليه وصلى وليس عليه اعادة ما بقي من الوضوء وكذا اذا نزع قبل المدة لان عند النزع يسري الحدث السابق الى القدمين كانه لم يغسلهما وحكم النزع يثبت بخروج القدم الى الساق لانه لا معتبر به في حق المسح وكذا باكثر القدم هو الصحيح ومن ابتدأ المسح وهو مقيم فسافر قبل تمام يوم وليلة مسح ثلثة ايام ولياليها عملا باطلاق الحديث ولانه حكم متعلق بالوقت فيعتبر فيه آخره بخلاف ما اذا استكمل المدة للاقامة ثم سافر لان الحدث قد سرى الى القدم والخف ليس برافع ولو اقام وهو مسافر ان استكمل مدة الاقامة نزع لان رخصة السفر لا تبقى بدونه وان لم يستكمل اتمها لان هذه مدة الاقامة وهو مقيم ومن لبس الجرموق فوق الخف مسح عليه خلافا للشافعي رحمه الله فانه يقول البدل لا يكون له بدل ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم مسح على الجرموقين ولانه تبع للخف استعمالا وغرضا

ذي طاقين وهو بدل عن الرجل لا عن الخف بخلاف ما اذا لبس الجرموق بعد ما احدث
لان الحدث حل بالخف فلا يتحول الى غيره ولو كان الجرموق من كرباس لا يجوز المسح لانه لا يصلح
بدلا عن الرجل الا ان تنفذ البلة الى الخف ولا يجوز المسح على الجوربين عند ابي حنيفة رحمه الله
الا ان يكونا مجلدين او منعلين وقالا يجوز اذا كانا ثخينين لا يشفان لما روي ان النبي عليه السلام
مسح على جوربيه ولانه يمكنه المشي فيه اذا كان ثخينا وهو ان يستمسك على الساق من غير ان
يربط بشيء فاشبه الخف وله انه ليس في معنى الخف لانه لا يمكن مواظبة المشي فيه الا اذا كان
منعلا وهو محمل الحديث وعنه انه رجع الى قولهما وعليه الفتوى ولا يجوز المسح على العمامة والقلنسوة
والبرقع والقفازين لانه لا حرج في نزع هذه الاشياء والرخصة لدفع الحرج ويجوز على الجبائر
وان شدها على غير وضوء لانه عليه السلام فعل ذلك وامر عليا رضي الله عنه به ولان الحرج فيه فوق الحرج
في نزع الخف فكان اولى بشرع المسح ويكتفى بالمسح على اكثرها ذكره الحسن بن زياد ولا يتوقت
لعدم التوقيف بالتوقيت وان سقطت الجبيرة عن غير برء لا يبطل المسح لان العذر قائم
والمسح عليها كالغسل لما تحتها ما دام العذر باقيا وان سقطت عن برء بطل لزوال العذر وان كان
في الصلوة استقبل لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل

باب الحيض والاستحاضة

اقل الحيض ثلثة ايام ولياليها وما نقص من ذلك فهو استحاضة لقوله عليه السلام اقل الحيض للجارية
البكر والثيب ثلثة ايام ولياليها واكثره عشرة ايام ولياليها وهو حجة على الشافعي رحمه الله
في التقدير بيوم وليلة وعن ابي يوسف رحمه الله يومان والاكثر من اليوم الثالث اقامة للاكثر
مقام الكل قلنا هذا نقص عن تقدير الشرع واكثره عشرة ايام والزائد استحاضة لما روينا
وهو حجة على الشافعي رحمه الله في التقدير بخمسة عشر يوما ثم الزائد والناقص استحاضة
لان تقدير الشرع يمنع الحاق غيره به وما تراه المراة من الحمرة والصفرة والكدرة في ايام الحيض حيض
حتى ترى البياض خالصا وقال ابو يوسف رحمه الله لا يكون الكدرة حيضا الا بعد الدم
لانه لو كان من الرحم لتاخر خروج الكدر عن الصافي ولهما ما روي عن عائشة رضي الله عنها
جعلت ما سوى البياض الخالص حيضا وهذا لا يعرف الا سماعا وفم الرحم منكوس فيخرج الكدرة
اولا كالجرة اذا ثقب اسفلها فاما الخضرة فالصحيح ان المراة اذا كانت من ذوات الاقراء تكون
حيضا ويحمل على فساد الغذاء وان كانت كبيرة لا ترى غير الخضرة تحمل على فساد المنبت فلا يكون
حيضا والحيض يسقط عن الحائض الصلوة ويحرم عليها الصوم وتقضي الصيام ولا تقضي

الصلوات لقول عائشة رضي الله عنها كانت احدانا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا طهرت
من حيضها تقضي الصيام ولا تقضي الصلوة ولان في قضاء الصلوات حرجا لتضاعفها ولا حرج في قضاء الصوم
ولا تدخل المسجد وكذا الجنب لقوله عليه السلام فاني لا احل المسجد لحائض ولا جنب وهو باطلاقه حجة على الشافعي
رحمه الله في اباحة الدخول على وجه العبور والمرور ولا تطوف بالبيت لان الطواف في المسجد ولا ياتيها
زوجها لقوله تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن وليس للحائض والنفساء قراءة القران لقوله عليه السلام لا تقرأ
الحائض والجنب شيئا من القران وهو حجة على مالك في الحائض وهو باطلاقه يتناول ما دون الاية فيكون
حجة على الطحاوي في اباحته وليس لهم مس المصحف الا بغلافه ولا اخذ درهم فيه سورة من القران الا بصرته
وكذا المحدث لا يمس المصحف الا بغلافه لقوله عليه السلام لا يمس القران الا طاهر ثم الحدث والجنابة حلا اليد فيستويان
في حكم المس والجنابة حلت الفم دون الحدث فيفترقان في حكم القراءة وغلافه ما يكون متجافيا عنه دون ما هو متصل به
كالجلد المشرز هو الصحيح ويكره مسه بالكم وهو الصحيح لانه تابع له بخلاف كتب الشريعة حيث يرخص في مسها بالكم
لان فيه ضرورة ولا باس بدفع المصحف الى الصبيان لان في المنع تضييع حفظ القران وفي الامر بالتطهير
حرجا بهم وهذا هو الصحيح واذا انقطع دم الحيض لاقل من عشرة ايام لم يحل وطؤها حتى تغتسل لان الدم
يدر تارة وينقطع اخرى فلا بد من الاغتسال ليترجح جانب الانقطاع ولو لم تغتسل ومضى عليها
ادنى وقت الصلوة بقدر ان تقدر على الاغتسال والتحريمة حل وطؤها لان الصلوة صارت دينا في ذمتها فطهرت
حكما فلو كان انقطع الدم دون عادتها فوق الثلث لم يقربها حتى تمضي عادتها وان اغتسلت لان
العود في العادة غالب فكان الاحتياط في الاجتناب وان انقطع الدم لعشرة ايام حل وطؤها
قبل الغسل لان الحيض لا مزيد له على العشرة الا انه لا يستحب للنهي في القراءة بالتشديد قال والطهر
المتخلل بين الدمين في مدة الحيض فهو كالدم الجاري قال رضي الله عنه هذا احدى الروايات عن ابي حنيفة
ووجهه ان استيعاب الدم مدة الحيض ليس بشرط بالاجماع فيعتبر اوله واخره كالنصاب
في باب الزكوة وعن ابي يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة وقيل هو اخر اقواله ان الطهر
المتخلل اذا كان اقل من خمسة عشر يوما لا يفصل وهو كله كالدم المتوالي لانه طهر فاسد فيكون
بمنزلة الدم والاخذ بهذا القول ايسر وتمامه يعرف في كتاب الحيض واقل الطهر خمسة عشر
يوما هكذا روي عن ابراهيم النخعي وانه لا يعرف الا توقيفا ولا غاية لاكثره لانه يمتد الى
سنة وسنتين فلا يتقدر بتقدير الا اذا استمر بها الدم ويعرف ذلك في كتاب الحيض ودم
الاستحاضة كالرعاف لا يمنع الصوم والصلوة ولا الوطي لقوله عليه السلام توضي وصلي

وان قطع الدم على الحيض داوا عرف حكم الصلوة ثبت حكم الصوم والوطي بنتيجة الاجماع ولو
زاد الدم على عشرة ايام ولها عادة معروفة ردت الى ايام عادتها والذي زاد استحاضة
لقوله عليه السلام المستحاضة تدع الصلوة ايام اقرائها ولان الزائد على العادة يجانس ما زاد
على العشرة فيلحق به وان ابتدأت مع البلوغ مستحاضة فحيضها عشرة ايام من كل شهر
والباقي استحاضة لانا عرفناه حيضا بيقين فلا يخرج عنه بالشك **فصل** والمستحاضة
ومن به سلس البول والرعاف الدائم والجرح الذي لا يرقأ يتوضؤن لوقت كل صلوة
فيصلون بذلك الوضوء في الوقت ما شاؤا من الفرائض والنوافل وقال الشافعي رحمه الله
تتوضأ المستحاضة لكل مكتوبة لقوله عليه السلام المستحاضة تتوضأ لكل صلوة ولان اعتبار
طهارتها ضرورة اداء المكتوبة فلا تبقى بعد الفراغ منها ولنا قوله عليه السلام المستحاضة تتوضأ
لوقت كل صلوة وهو المراد بالاول لان اللام تستعار للوقت يقال آتيك لصلوة الظهر
اي وقتها ولان الوقت اقيم مقام الاداء تيسيرا فيدار الحكم عليه واذا خرج الوقت
بطل وضوءهم واستأنفوا الوضوء لصلوة اخرى وهذا عند علمائنا الثلثة وقال زفر
استأنفوا اذا دخل الوقت فان توضؤا حين تطلع الشمس اجزأهم حتى يذهب وقت الظهر
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف وزفر رحمهما الله اجزأهم حتى يدخل وقت
الظهر وحاصله ان طهارة المعذور تنتقض بخروج الوقت اي عنده بالحدث السابق عند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وبدخوله عند زفر وبايهما كان عند ابي يوسف وفائدة الاختلاف لا تظهر
الا فيمن توضأ قبل الزوال كما ذكرنا او قبل طلوع الشمس لزفر ان اعتبار الطهارة مع المنافي
للحاجة الى الاداء ولا حاجة قبل الوقت فلا تعتبر ولابي يوسف ان الحاجة مقصورة على
الوقت فلا يعتبر قبله ولا بعده ولهما انه لا بد من تقديم الطهارة على الوقت ليتمكن من
الاداء كما دخل الوقت وخروج الوقت دليل زوال الحاجة فظهر اعتبار الحدث عنده
والمراد بالوقت وقت المفروضة حتى لو توضأ المعذور لصلوة العيد له ان يصلي الظهر به
عندهما هو الصحيح لانها بمنزلة صلوة الضحى ولو توضأ مرة للظهر في وقته واخرى فيه للعصر
فعندهما ليس له ان يصلي العصر به لانتقاضه بخروج وقت المفروضة والمستحاضة هي
التي لا يمضي عليها وقت صلوة الا والحدث الذي ابتليت به يوجد فيه وكذا كل من هو في معناها
وهو من ذكرناه ومن به استطلاق البطن وانفلات الريح لان الضرورة بهذا تتحقق وهي تعم الكل

فصل في النفاس والنفاس هو الدم الخارج عقيب الولادة لانه مأخوذ من تنفس الرحم
بالدم او من خروج النفس بمعنى الولد او بمعنى الدم والدم الذي تراه الحامل ابتداء او حال ولادتها
قبل خروج الولد استحاضة وان كان ممتدا وقال الشافعي رحمه الله حيض اعتبارا بالنفاس اذ هما
جميعا من الرحم ولنا ان بالحبل ينسد فم الرحم كذا العادة والنفاس بعد انفتاحه بخروج الولد
ولهذا كان نفاسا بعد خروج بعض الولد فيما روي عن ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه ينفتح فيتنفس به
والسقط الذي استبان بعض خلقه ولد حتى تصير به نفساء وتصير الامة ام ولد به وتنقضي به
العدة واقل النفاس لا حد له لان تقدم الولد علم الخروج من الرحم فاغنى عن امتداد جعل علما عليه
في الحيض واكثره اربعون يوما والزائد استحاضة لحديث ام سلمة رضي الله عنها انه عليه السلام وقت
للنفساء اربعين يوما وهو حجة على الشافعي في اعتبار الستين وان جاوز الدم الاربعين وكانت
ولدت قبل ذلك ولها عادة في النفاس ردت الى ايام عادتها لما بينا في الحيض وان
لم يكن لها عادة فابتداء نفاسها اربعون يوما لانه امكن جعله نفاسا فان ولدت
ولدين في بطن واحد فنفاسها من الاول عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وان كان
بين الولدين اربعون يوما وقال محمد رحمه الله من الولد الاخير وهو قول زفر لانها حامل بعد
وضع الاول فلا تصير نفساء كما انها لا تحيض ولهذا تنقضي العدة بالاخير ولهما ان
الحامل انما لا تحيض لانسداد فم الرحم على ما ذكرنا وقد انفتح بخروج الاول وتنفس بالدم
فكان نفاسا والعدة تتعلق بوضع حمل مضاف اليها فيتناول الجميع **باب الانجاس
وتطهيرها** تطهير النجاسة واجب من بدن المصلي وثوبه والمكان الذي يصلي عليه
لقوله تعالى وثيابك فطهر وقال عليه السلام حتيه ثم اقرصيه ثم اغسليه بالماء واذا وجب
التطهير بما ذكرنا في الثوب وجب في البدن والمكان لان الاستعمال في حالة الصلوة
يشمل الكل ويجوز تطهيرها بالماء وبكل مائع طاهر يمكن ازالتها به كالخل وماء الورد
ونحوه مما اذا عصر انعصر وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر والشافعي رحمهم الله
لا يجوز الا بالماء لانه يتنجس باول الملاقاة والنجس لا يفيد التطهير الا ان هذا القياس
ترك في الماء للضرورة ولهما ان المائع قالع والطهورية بعلة القلع والازالة
والنجاسة للمجاورة فاذا انتهت اجزاء النجس يبقى طاهرا وجواب الكتاب لا يفرق
بين الثوب والبدن وهو قول ابي حنيفة ومحمد واحدى الروايتين عن ابي يوسف وعنه انه فرق

سنها فلم يجز في البدن بغير الماء وإذا أصابت الخف نجاسة لها جرم كالعذرة والمني
فجفت فدلكه بالأرض أجزأه وهذا استحسان وقال محمد رحمه الله لا يجوز وهو
القياس إلا في المني خاصة لأن المتداخل في الخف لا يزيله الجفاف والدلك بخلاف المني
على ما نذكره ولهما قوله عليه السلام فإن كان بهما أذى فليمسحهما بالأرض فإن الأرض لهما طهور
ولأن الجلد لصلابته لا تتداخله النجاسة إلا قليلا ثم يجتذبه الجرم إذا جف فإذا زال
زال ما قام به وفي الرطب لا يجوز حتى يغسله لأن المسح بالأرض يكثره
ولا يطهره وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا مسحه بالأرض حتى لم يبق أثر
النجاسة يطهر لعموم البلوى وإطلاق ما يروى وعليه مشايخنا رحمهم الله فإن أصابه
بول فيبس لم يجزه حتى يغسله وكذا كل ما لا جرم له كالخمر لأن الأجزاء تتشرب فيه ولا جاذب
يجذبها وقيل ما يتصل به من الرمل والرماد جرم له والثوب لا يجزئ فيه إلا الغسل وإن يبس
لأن الثوب لتخلخله يتداخله كثير من النجاسة فلا يخرجها إلا الغسل والمني نجس يجب غسله رطبا
فإذا جف على الثوب أجزأ فيه الفرك لقوله عليه السلام لعائشة رضي الله عنها فاغسليه إن كان رطبا
وافركيه إن كان يابسا وقال الشافعي رحمه الله المني طاهر والحجة عليه ما رويناه وقال عليه السلام
إنما يغسل الثوب من خمس وذكر منها المني ولو أصاب البدن قال مشايخنا
رحمهم الله تعالى يطهر بالفرك لأن البلوى فيه أشد وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يطهر لأن
حرارة البدن جاذبة فلا يعود إلى الجرم والبدن لا يمكن فركه والنجاسة إذا أصابت المرآة
أو السيف اكتفى بمسحهما لأنه لا تتداخله النجاسة وما على ظاهره يزول بالمسح وإن أصابت الأرض
نجاسة فجفت بالشمس وذهب أثرها جازت الصلاة على مكانها وقال زفر والشافعي لا تجوز
لم يوجد المزيل ولهذا لا يجوز التيمم به ولنا قوله عليه السلام ذكاة الأرض يبسها وإنما لا يجوز
التيمم لأن طهارة الصعيد ثبتت شرطا بنص الكتاب فلا تتأدى بما ثبت بالحديث وقدر الدرهم
وما دونه من النجس المغلظ كالدم والبول والخمر وخرء الدجاج وبول الحمار جازت الصلاة معه
وإن زاد لم تجز وقال زفر والشافعي في قليل النجاسة وكثيرها سواء لأن النص الموجب للتطهير
لم يفصل ولنا أن القليل لا يمكن التحرز عنه فيجعل عفوا وقدرناه بقدر الدرهم أخذا عن موضع
الاستنجاء ثم يروى اعتبار الدرهم من حيث المساحة وهو قدر عرض الكف في الصحيح ويروى من حيث
الوزن وهو الدرهم الكبير المثقال وهو ما يبلغ وزنه مثقالا وقيل في التوفيق بينهما إن الأولى

في الرقيق

في الرقيق والثانية في الكثيف وإنما كانت نجاسة هذه الأشياء مغلظة لأنها ثبتت
بدليل مقطوع به وإن كانت مخففة كبول ما يؤكل لحمه جازت الصلاة معه حتى تبلغ ربع الثوب يروى ذلك
عن أبي حنيفة لأن التقدير فيه بالكثير الفاحش والربع ملحق بالكل في حق بعض الأحكام وعنه ربع أدنى ثوب
يجوز فيه الصلاة كالمئزر وقيل ربع الموضع الذي أصابه كالذيل والدخريص وعن أبي يوسف شبر في شبر
وإنما كان مخففا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لمكان الاختلاف في نجاسته أو لتعارض النصين
على اختلاف الأصلين وإذا أصاب الثوب من الروث أو أخثاء البقر أكثر من قدر الدرهم لم تجز الصلاة
فيه عند أبي حنيفة لأن النص الوارد في نجاسته وهو ما روي أنه عليه السلام رمى بالروثة وقال هذا رجس أو
ركس لم يعارضه غيره وبهذا يثبت التغليظ عنده والتخفيف بالتعارض وقالا يجزيه حتى يفحش لأن
للاجتهاد فيه مساغا وبهذا يثبت التخفيف عندهما ولأن فيه ضرورة لامتلاء الطرق بها
وهي مؤثرة في التخفيف بخلاف بول الحمار لأن الأرض تنشفه قلنا الضرورة في النعال
قد أثرت في التخفيف مرة حتى تطهر بالمسح فتكفي مؤنتها ولا فرق بين مأكول اللحم وغير
مأكول اللحم وزفر فرق بينهما فوافق أبا حنيفة في غير المأكول ووافقهما في المأكول وعن محمد
رحمه الله أنه لما دخل الري ورأى البلوى أفتى بأن الكثير الفاحش لا يمنع أيضا وقاسوا
عليه طين بخارا وعند ذلك رجوعه في الخف يروى وإن أصابه بول الفرس لم يفسده
حتى يفحش عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله لا يمنع وإن فحش لأن
بول ما يؤكل لحمه طاهر عنده مخفف نجاسته عند أبي يوسف ولحمه مأكول عندهما وأما عند أبي
حنيفة التخفيف لتعارض الآثار وإن أصابه خرء ما لا يؤكل لحمه من الطير أكثر من قدر الدرهم
أجزأت الصلاة فيه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا يجوز وقد قيل
الاختلاف في النجاسة وقد قيل في المقدار وهو الأصح وهو يقول التخفيف للضرورة ولا ضرورة
لعدم المخالطة في الأواني فلا يخفف ولهما أنها تذرق في الهواء والتحامي متعذر فتحققت
الضرورة ولو وقع في الإناء قيل يفسده وقيل لا يفسده لتعذر صون الأواني عنه
وإن أصابه من دم السمك أو من لعاب البغل والحمار أكثر من قدر الدرهم أجزأت الصلاة
فيه أما دم السمك فلأنه ليس بدم على التحقيق فلا يكون نجسا وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى
أنه فيه اعتبر الكثير الفاحش فاعتبره نجسا وأما لعاب البغل والحمار فلأنه مشكوك فيه فلا يتنجس
به الطاهر وإن انتضح عليه البول مثل رؤوس الإبر فذلك ليس بشيء لأنه لا

يستطاع

للامتناع عنه قال والنجاسة ضربان مرئية وغير مرئية فما كان منها مرئية فطهارته زوال عينه لان النجاسة حلت المحل باعتبار العين فتزول بزوالها الا ان يبقى من اثرها ما تشق ازالته لان الحرج موضوع شرعا وهذا يشير الى انه لا يشترط الغسل بعد زوال العين وان زال بالغسل مرة واحدة وفيه كلام وما ليس بمرئي فطهارته ان يغسل حتى يغلب على ظن الغاسل انه قد طهر لان التكرار لا بد منه للاستخراج ولا يقطع بزواله فاعتبر غالب الظن كما في امر القبلة وانما قدروا بالثلث لان غالب الظن يحصل عنده فاقيم السبب الظاهر مقامه تيسيرا ويتأيد ذلك بحديث المستيقظ من منامه ثم لا بد من العصر في كل مرة في ظاهر الرواية لانه هو المستخرج

فصل في الاستنجاء الاستنجاء سنة لان النبي عليه السلام واظب عليه ويجوز فيه الحجر وما قام مقامه يمسحه حتى ينقيه لان المقصود هو الانقاء فيعتبر ما هو المقصود وليس فيه عدد مسنون وقال الشافعي رحمه الله لا بد من الثلث لقوله عليه السلام وليستنج بثلثة احجار ولنا قوله عليه السلام من استجمر فليوتر فمن فعل فهو حسن ومن لا فلا حرج والايتار يقع على الواحد وما رواه متروك الظاهر فانه لو استنجى بحجر له ثلثة احرف جاز بالاجماع وغسله بالماء افضل لقوله تعالى فيه رجال يحبون ان يتطهروا نزلت في اقوام يتبعون الحجارة الماء ثم هو ادب وقيل سنة في زماننا ويستعمل الماء الى ان يقع في غالب ظنه انه قد طهر ولا يقدر بالمرات الا اذا كان موسوسا فيقدر بالثلاث في حقه وقيل بالسبع ولو جاوزت النجاسة مخرجها لم يجز فيه الا الماء وفي بعض النسخ الا المائع وهذا يحقق اختلاف الروايتين في تطهير العضو بغير الماء على ما بينا وهذا لان المسح غير مزيل الا انه اكتفي به في موضع الاستنجاء فلا يتعداه ثم يعتبر المقدار المانع وراء موضع الاستنجاء عند ابي حنيفة وابي يوسف لسقوط اعتبار ذلك الموضع وعند محمد رحمه الله مع موضع الاستنجاء اعتبارا بسائر المواضع ولا يستنجي بعظم ولا بروث لان النبي عليه السلام نهى عن ذلك ولو فعل يجزيه لحصول المقصود ومعنى النهي في الروث النجاسة وفي العظم كونه زاد الجن ولا يستنجي بطعام لانه اضاعة واسراف ولا بيمينه لان النبي عليه السلام نهى عن الاستنجاء باليمين

كتاب الصلوة

باب المواقيت

اول وقت الفجر اذا طلع الفجر الثاني وهو المعترض في الافق وآخر وقتها ما لم تطلع الشمس لحديث امامة جبريل عليه السلام فانه ام رسول الله عليه السلام فيها في اليوم الاول حين طلع الفجر وفي اليوم الثاني حين اسفر جدا وكادت الشمس تطلع ثم قال في آخر الحديث ما بين هذين وقت لك ولامتك ولا معتبر بالفجر الكاذب وهو البياض الذي يبدو طولا ثم يعقبه الظلام لقوله عليه السلام لا يغرنكم اذان

بلال ولا الفجر المستطيل وانما الفجر المستطير في الافق اي المنتشر فيها واول وقت الظهر اذا زالت الشمس لامامة جبريل عليه السلام في اليوم الاول حين زالت الشمس وآخر وقتها عند ابي حنيفة رحمه الله اذا صار ظل كل شيء مثليه سوى فيء الزوال وقالا اذا صار الظل مثله وهو رواية عن ابي حنيفة وفيء الزوال هو الفيء الذي يكون للاشياء وقت الزوال لهما امامة جبريل عليه السلام في اليوم الاول في هذا الوقت وله قوله عليه السلام ابردوا بالظهر فان شدة الحر من فيح جهنم واشد الحر في ديارهم في هذا الوقت واذا تعارضت الآثار لا ينقضي الوقت بالشك واول وقت العصر اذا خرج وقت الظهر على القولين وآخر وقتها ما لم تغرب الشمس لقوله عليه السلام من ادرك ركعة من العصر قبل ان تغرب الشمس فقد ادركها واول وقت المغرب اذا غربت الشمس وآخر وقتها ما لم يغب الشفق وقال الشافعي رحمه الله مقدار ما يصلي فيه ثلاث ركعات لان جبريل عليه السلام ام في اليومين في وقت واحد ولنا قوله عليه السلام اول وقت المغرب حين تغرب الشمس وآخره حين يغيب الشفق وما رواه كان للتحرز عن الكراهة ثم الشفق هو البياض الذي في الافق بعد الحمرة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو الحمرة وهو رواية عن ابي حنيفة وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله عليه السلام الشفق الحمرة وله قوله عليه السلام وآخر وقت المغرب اذا اسود الافق وما رواه موقوف على ابن عمر رضي الله عنهما ذكره مالك في الموطا وفيه اختلاف الصحابة رضوان الله تعالى عليهم اجمعين واول وقت العشاء اذا غاب الشفق وآخر وقتها ما لم يطلع الفجر لقوله عليه السلام وآخر وقت العشاء حين يطلع الفجر وهو حجة على الشافعي في تقديره بذهاب ثلث الليل واول وقت الوتر بعد العشاء وآخره ما لم يطلع الفجر لقوله عليه السلام في الوتر فصلوها ما بين العشاء الى طلوع الفجر قال رضي الله عنه وعند ابي حنيفة رحمه الله وقته وقت العشاء ولا يقدم عليه عند التذكر للترتيب

فصل ويستحب الاسفار بالفجر لقوله عليه السلام اسفروا بالفجر فانه اعظم للاجر وقال الشافعي يستحب التعجيل في كل صلوة والحجة عليه ما رويناه وما نرويه قال والابراد بالظهر في الصيف وتقديمه في الشتاء لما روينا ولرواية انس رضي الله عنه قال كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا كان في الشتاء بكر بالظهر واذا كان في الصيف ابرد بها قال وتأخير العصر ما لم تتغير الشمس في الشتاء والصيف لما فيه من تكثير النوافل لكراهتها بعدها والمعتبر تغير القرص وهو ان يصير بحال لا تحار فيه الاعين هو الصحيح والتأخير اليه مكروه قال ويستحب تعجيل المغرب لان تأخيرها مكروه لما فيه من التشبه باليهود وقال عليه السلام لا تزال امتي بخير ما عجلوا المغرب واخروا العشاء قال وتأخير العشاء الى ما قبل ثلث الليل لقوله عليه السلام لولا ان اشق على امتي لاخرت العشاء الى ثلث الليل ولان فيه قطع السمر المنهي عنه بعده وقيل في الصيف تعجل كيلا تتقلل الجماعة

والتأخير الى نصف الليل مباح لان دليل الكراهة وهو تقليل الجماعة عارضه دليل الندب وهو قطع السمر بواحدة فتثبت الاباحة والى النصف الاخير مكروه لما فيه من تقليل الجماعة وقد انقطع السمر قبله ويستحب في الوتر لمن يألف صلوة الليل آخر الليل وان لم يثق بالانتباه اوتر قبل النوم لقوله عليه السلام من خاف ان لا يقوم آخر الليل فليوتر اوله ومن طمع ان يقوم آخر الليل فليوتر آخر الليل واذا كان يوم غيم فالمستحب في الفجر والظهر والمغرب تأخيرها وفي العصر والعشاء تعجيلها لان في تأخير العشاء تقليل الجماعة على اعتبار المطر وفي تأخير العصر توهم الوقوع في الوقت المكروه ولا توهم في الفجر لان تلك المدة مديدة وعن ابي حنيفة التأخير في الكل للاحتياط الا ترى انه يجوز الاداء بعد الوقت لا قبله

فصل في الاوقات التي تكره فيها الصلوة

قال لا تجوز الصلوة عند طلوع الشمس ولا عند قيامها في الظهيرة ولا عند غروبها لحديث عقبة بن عامر الجهني قال ثلثة اوقات نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان نصلي فيها وان نقبر فيها موتانا عند طلوع الشمس حتى ترتفع وعند زوالها حتى تزول وحين تتضيف للغروب حتى تغرب والمراد بقوله صلى الله عليه وسلم وان نقبر فيها موتانا صلوة الجنازة لان الدفن غير مكروه والحديث باطلاقه حجة على الشافعي رحمه الله في تخصيص الفرائض وبمكة في حق النوافل وحجة على ابي يوسف رحمه الله في اباحة النفل يوم الجمعة وقت الزوال قال ولا صلوة جنازة لما روينا ولا سجدة تلاوة لانها في معنى الصلوة الا عصر يومه عند الغروب لان السبب هو الجزء القائم من الوقت لانه لو تعلق بالكل لوجب الاداء بعده ولو تعلق بالجزء الماضي فالمؤدي في آخر الوقت قاض واذا كان كذلك فقد اداها كما وجبت بخلاف غيرها من الصلوات لانها وجبت كاملة فلا تتأدى بالناقص قال رضي الله عنه والمراد بالنفي المذكور في صلوة الجنازة وسجدة التلاوة الكراهة حتى لو صلاها فيه او تلا سجدة فيه وسجدها جاز لانها اديت ناقصة كما وجبت اذ الوجوب بحضور الجنازة والتلاوة ويكره ان يتنفل بعد الفجر حتى تطلع الشمس وبعد العصر حتى تغرب لما روي انه عليه السلام نهى عن ذلك ولا بأس بان يصلي في هذين الوقتين الفوائت ويسجد للتلاوة ويصلي على الجنازة لان الكراهة كانت لحق الفرض ليصير الوقت كالمشغول به لا لمعنى في الوقت فلم تظهر في حق الفرائض وفيما وجب لعينه كسجدة التلاوة وظهر في حق المنذور لانه تعلق وجوبه بسبب من جهته وفي حق ركعتي الطواف وفي الذي شرع فيه ثم افسده لان الوجوب لغيره وهو ختم الطواف وصيانة المؤدى ويكره ان يتنفل بعد طلوع الفجر باكثر من ركعتي الفجر لانه عليه السلام لم يزد عليهما مع حرصه على الصلوة ولا يتنفل بعد الغروب قبل الفرض لما فيه من تأخير المغرب ولا اذا خرج الامام

للخطبة

للخطبة يوم الجمعة الى ان يفرغ من خطبته لما فيه من الاشتغال عن استماع الخطبة

باب الاذان

الاذان سنة للصلوات الخمس والجمعة دون ما سواها للنقل المتواتر وصفته معروفة وهو كما اذن الملك النازل من السماء ولا ترجيع فيه وهو ان يرجع فيرفع صوته بالشهادتين بعدما خفض بهما وقال الشافعي رحمه الله فيه ذلك لحديث ابي محذورة ان النبي عليه السلام امره بالترجيع ولنا انه لا ترجيع في المشاهير وكان ما رواه تعليما فظنه ترجيعا ويزيد في اذان الفجر بعد الفلاح الصلوة خير من النوم مرتين لان بلالا رضي الله عنه قال الصلوة خير من النوم حين وجد النبي عليه السلام راقدا فقال عليه السلام ما احسن هذا اجعله في اذانك وخص الفجر به لانه وقت نوم وغفلة والاقامة مثل الاذان الا انه يزيد فيها بعد الفلاح قد قامت الصلوة مرتين هكذا فعل الملك النازل من السماء وهو حجة على الشافعي رحمه الله في قوله انها فرادى فرادى الا قوله قد قامت الصلوة ويترسل في الاذان ويحدر في الاقامة لقوله عليه السلام لبلال اذا اذنت فترسل واذا اقمت فاحدر وهذا بيان الاستحباب ويستقبل بهما القبلة لان الملك النازل من السماء اذن مستقبل القبلة ولو ترك الاستقبال جاز لحصول المقصود ويكره لمخالفته السنة ويحول وجهه بالصلوة والفلاح يمنة ويسرة لانه خطاب للقوم فيواجههم به فان استدار في صومعته فحسن ومراده اذا لم يستطع تحويل الوجه يمينا وشمالا مع ثبات قدميه مكانهما كما هو السنة بان كانت الصومعة متسعة فاما من غير حاجة فلا والافضل للمؤذن ان يجعل اصبعيه في اذنيه بذلك امر النبي عليه السلام بلالا رضي الله عنه ولانه ابلغ في الاعلام وان لم يفعل فحسن لانها ليست بسنة اصلية والتثويب في الفجر حي على الصلوة حي على الفلاح مرتين بين الاذان والاقامة حسن وكره في سائر الصلوات ومعناه العود الى الاعلام بعد الاعلام وهو على حسب ما تعارفوه وهذا التثويب احدثه علماء الكوفة بعد عهد الصحابة رضي الله عنهم لتغير احوال الناس وخصوا الفجر به لما ذكرنا والمتأخرون استحسنوه في الصلوات كلها لظهور التواني في الامور الدينية وقال ابو يوسف رحمه الله لا ارى بأسا بان يقول المؤذن للامير في الصلوات كلها السلام عليك ايها الامير ورحمة الله وبركاته حي على الصلوة حي على الفلاح الصلوة يرحمك الله واستبعده محمد رحمه الله لان الناس سواسية في امر الجماعة وابو يوسف خصهم بذلك لزيادة اشتغالهم بامور المسلمين كيلا تفوتهم الجماعة وعلى هذا القاضي والمفتي ويجلس بين الاذان والاقامة الا في المغرب وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يجلس في المغرب ايضا جلسة خفيفة لانه لا بد من الفصل اذ الوصل مكروه ولا يقع الفصل بالسكتة لوجودها بين كلمات الاذان فيفصل بالجلسة كما بين الخطبتين ولابي حنيفة رحمه الله

ان التأخير مكروه فيكتفي بادنى الفصل بالسكتة احترازا عنه والمكان في مسئلتنا مختلف وكذا النغمة
فيقع الفصل بالسكتة ولا كذلك الخطبة وقال الشافعي رحمه الله يفصل بركعتين اعتبارا بسائر الصلوات قال
يعقوب رأيت ابا حنيفة رحمه الله يؤذن في المغرب ويقيم ولا يجلس وهذا يفيد ما قلنا وان المستحب كون
المؤذن عالما بالسنة لقوله عليه السلام ويؤذن لكم خياركم ويؤذن للفائتة ويقيم لانه عليه السلام قضى الفجر غداة
ليلة التعريس باذان واقامة وهو حجة على الشافعي في اكتفائه بالاقامة فان فاتته صلوات اذن للاولى
واقام لما روينا وكان مخيرا في الباقي ان شاء اذن واقام ليكون القضاء على حسب الاداء وان شاء اقتصر
على الاقامة لان الاذان للاستحضار وهم حضور قال رضي الله عنه وعن محمد رحمه الله انه يقيم لما بعدها
قالوا يجوز ان يكون هذا قولهم جميعا وينبغي ان يؤذن ويقيم على طهر فان اذن على غير وضوء جاز
لانه ذكر وليس بصلوة وكان الوضوء فيه استحبابا كما في القراءة ويكره ان يقيم على غير وضوء لما فيه من الفصل
بين الاقامة والصلوة ويروى لا يكره الاقامة ايضا لانه احد الاذانين ويروى يكره
الاذان ايضا لانه يصير داعيا الى ما لا يجيب بنفسه ويكره ان يؤذن وهو جنب رواية واحدة
ووجه الفرق على احدى الروايتين وهو ان للاذان شبها بالصلوة فيشترط الطهارة عن اغلظ
الحدثين دون اخفهما عملا بالشبهين وفي الجامع الصغير اذا اذن على غير وضوء واقام لا يعيد والجنب
احب الي ان يعيد وان لم يعد اجزأه اما الاول فلخفة الحدث واما الثاني ففي الاعادة بسبب
الجنابة روايتان والاشبه ان يعاد الاذان ولا يعاد الاقامة لان تكرار الاذان مشروع دون
الاقامة وقوله ان لم يعد اجزأه يعني الصلوة لانها جائزة بدون الاذان قال وكذلك المرأة
تؤذن معناه يستحب ان يعاد ليقع على وجه السنة ولا يؤذن لصلوة قبل دخول وقتها ويعاد في الوقت
لان الاذان للاعلام وقبل الوقت تجهيل وقال ابو يوسف وهو قول الشافعي يجوز للفجر في النصف
الاخير من الليل لتوارث اهل الحرمين والحجة على الكل قوله عليه السلام لبلال رضي الله عنه لا تؤذن حتى يستبين
لك الفجر هكذا ومد يده عرضا والمسافر يؤذن ويقيم لقوله عليه السلام لابني ابي مليكة رضي الله عنهما
اذا سافرتما فاذنا واقيما فان تركهما جميعا يكره ولو اكتفى بالاقامة جاز لان الاذان لاستحضار
الغائبين والرفقة حاضرون والاقامة لاعلام الافتتاح وهم اليه محتاجون فان صلى في
بيته في المصر يصلي باذان واقامة ليكون الاداء على هيئة الجماعة وان تركهما جاز لقول ابن
مسعود رضي الله عنه اذان الحي يكفينا والله اعلم

باب شروط الصلوة التي تتقدمها

يجب على المصلي ان يقدم الطهارة من الاحداث والانجاس على ما قدمنا قال الله تعالى وثيابك

فطهر

فطهر وقال الله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا ويستر عورته لقوله تعالى خذوا زينتكم عند كل
مسجد اي ما يواري عورتكم عند كل صلوة وقال عليه السلام لا صلوة لحائض الا بخمار اي لبالغة
وعورة الرجل ما تحت السرة الى الركبة لقوله عليه السلام عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته ويروى ما دون
سرته حتى تجاوز ركبته وبهذا تبين ان السرة ليست من العورة خلافا لما يقوله الشافعي رحمه الله
والركبة من العورة خلافا له ايضا وكلمة الى نحملها على كلمة مع عملا بكلمة حتى او عملا بقوله عليه السلام الركبة
من العورة وبدن الحرة كلها عورة الا وجهها وكفيها لقوله عليه السلام المرأة عورة مستورة واستثناء
العضوين للابتلاء بابدائهما قال رضي الله عنه وهذا تنصيص على ان القدم عورة ويروى انها
ليست بعورة وهو الاصح فان صلت وثلث ساقها او ربعها مكشوف تعيد الصلوة عند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وان كان اقل من الربع لا تعيد وقال ابو يوسف لا تعيد ان كان اقل
من النصف لان الشيء انما يوصف بالكثرة اذا كان ما يقابله اقل منه اذ هما من اسماء المقابلة
وفي النصف عنه روايتان فاعتبر الخروج عن حد القلة او عدم الدخول في ضده ولهما ان الربع يحكي
حكاية الكمال كما في مسح الرأس والحلق في الاحرام ومن رأى وجه غيره يخبر عن رؤيته وان لم ير الا احد
جوانبه الاربع والشعر والبطن والفخذ كذلك يعني على هذا الاختلاف لان كل واحد عضو على حدة
والمراد به النازل من الرأس هو الصحيح وانما وضع غسله في الجنابة لمكان الحرج والعورة الغليظة
على هذا الاختلاف والذكر يعتبر بانفراده وكذا الانثيان وهذا هو الصحيح دون الضم وما كان عورة من الرجل
فهو عورة من الامة وبطنها وظهرها عورة وما سوى ذلك من بدنها ليس بعورة
لقول عمر رضي الله عنه الق عنك الخمار يا دفار أتتشبهين بالحرائر ولانها تخرج لحاجة مولاها في ثياب مهنتها
فاعتبر حالها بذوات المحارم في حق جميع الرجال دفعا للحرج قال ولو لم يجد ما يزيل به النجاسة صلى معها
ولم يعد وهذا على وجهين ان كان ربع الثوب او اكثر منه طاهرا يصلي فيه ولو صلى عريانا لا يجزيه
لان ربع الشيء يقوم مقام كله وان كان الطاهر اقل من الربع فكذلك عند محمد رحمه الله وهو احد قولي الشافعي
رحمه الله لان في الصلوة فيه ترك فرض واحد وفي الصلوة عريانا ترك الفروض وعند ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما الله يتخير بين ان يصلي عريانا وبين ان يصلي فيه وهو الافضل لان كل واحد منهما مانع
جواز الصلوة حالة الاختيار ويستويان في حق المقدار فيستويان في حكم الصلوة وترك الشيء الى
خلف لا يكون تركا والافضلية لعدم اختصاص الستر بالصلوة واختصاص الطهارة بها ومن لم
يجد ثوبا صلى عريانا قاعدا يومي بالركوع والسجود هكذا فعله اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم

قال ويصلي قائما او قاعدا لان في القعود ستر العورة الغليظة وفي القيام اداء هذه الاركان فيميل الى ايهما
شاء الا ان الاول افضل لان الستر وجب لحق الصلوة وحق الناس ولانه لا خلف له والايماء
خلف عن الاركان قال وينوي الصلوة التي يدخل فيها بنية لا يفصل بينها وبين التحريمة بعمل
والاصل فيه قوله عم الاعمال بالنيات ولان ابتداء الصلوة بالقيام وهو متردد بين العادة
والعبادة ولا يقع التمييز الا بالنية والمتقدم من النية على التكبير كالقائم عنده اذا لم يوجد ما يقطعه
وهو عمل لا يليق بالصلوة ولا معتبر بالمتأخرة منها عنه لان ما مضى لا يقع عبادة لعدم النية
وفي الصوم جوزت للضرورة والنية هي الارادة والشرط ان يعلم بقلبه اي صلوة يصلي اما الذكر
باللسان فلا معتبر به ويحسن ذلك لاجتماع عزيمته ثم ان كان الصلوة نفلا يكفيه مطلق النية وكذا ان كان
سنة هو الصحيح وان كانت فرضا لا بد من تعيين الفرض كالظهر مثلا لاختلاف الفروض وان كان مقتديا
بغيره ينوي الصلوة ومتابعته لانه يلزمه فساد الصلوة من جهته فلا بد من التزامه قال ويستقبل القبلة
لقوله تعالى فولوا وجوهكم شطره ثم من كان بمكة ففرضه اصابة عينها ومن كان غائبا ففرضه اصابة
جهتها هو الصحيح لان التكليف بحسب الوسع ومن كان خائفا يصلي الى اي جهة قدر لتحقق العذر فاشبه حالة
الاشتباه فان اشتبهت عليه القبلة وليس بحضرته من يسأله عنها اجتهد لان الصحابة رضي الله عنهم تحروا
وصلوا ولم ينكر عليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان العمل بالدليل الظاهر واجب عند عدم دليل فوقه
والاستخبار فوق التحري فان علم انه اخطأ بعد ما صلى لا يعيدها وقال الشافعي رحمه الله يعيدها اذا
استدبر لتيقنه بالخطاء ونحن نقول ليس في وسعه الا التوجه الى جهة التحري والتكليف مقيد بالوسع
وان علم ذلك في الصلوة استدار الى القبلة لان اهل قباء لما سمعوا بتحول القبلة استداروا كهيئتهم
واستحسنه النبي عليه السلام وكذا اذا تحول رأيه الى جهة اخرى توجه اليها لوجوب العمل بالاجتهاد فيما يستقبل
من غير نقض المؤدى قبله ومن ام قوما في ليلة مظلمة فتحرى القبلة وصلى الى المشرق وتحرى من خلفه
فصلى كل واحد منهم الى جهة وكلهم خلفه ولا يعلمون ما صنع الامام اجزأهم لوجود التوجه الى جهة التحري وهذه
المخالفة غير مانعة كما في جوف الكعبة ومن علم منهم بحال امامه تفسد صلوته لانه اعتقد امامه على الخطاء
وكذا لو كان متقدما عليه لتركه فرض المقام

باب صفة الصلوة

فرائض الصلوة ستة التحريمة لقوله تعالى
وربك فكبر والمراد تكبيرة الافتتاح والقيام لقوله تعالى وقوموا لله قانتين والقراءة لقوله تعالى فاقرؤا ما تيسر
من القرآن والركوع والسجود لقوله تعالى واركعوا واسجدوا والقعدة في آخر الصلوة مقدار التشهد لقوله
عليه السلام لابن مسعود رضي الله عنه حين علمه التشهد اذا قلت هذا او فعلت هذا فقد تمت صلوتك

باب صفة الصلوة قيل الصفة والوصف واحد في اللغة وفي عرف المتكلمين بخلافه والتحرير ان الوصف لغة ذكر ما في الموصوف من الصفة

علق التمام بالفعل قرأ او لم يقرأ قال وما سوى ذلك فهو سنة اطلق اسم السنة وفيها واجبات كقراءة
الفاتحة وضم السورة اليها ومراعاة الترتيب فيما شرع مكررا والقعدة الاولى وقراءة التشهد في الاخيرة والقنوت
في الوتر وتكبيرات العيدين والجهر فيما يجهر والمخافتة فيما يخافت فيه ولهذا تجب سجدتا السهو بتركها هذا
هو الصحيح وتسميتها في الكتاب سنة لانه ثبت وجوبها بالسنة قال واذا شرع في الصلوة كبر لما تلونا وقال
عم تحريمها التكبير وهو شرط عندنا خلافا للشافعي رحمه الله حتى ان من تحرم للفرض كان له ان يؤدي بها التطوع
هو يقول يشترط لها ما يشترط لسائر الاركان وهذا اية الركنية ولنا انه عطف الصلوة عليه في قوله تعالى
ومقتضاه المغايرة ولهذا لا يتكرر كتكرر الاركان ومراعاة الشرائط لما يتصل به من القيام ويرفع
يديه مع التكبير وهو سنة لان النبي عم واظب عليه وهذا اللفظ يشير الى اشتراط المقارنة وهو
المروي عن ابي يوسف والمحكي عن الطحاوي رحمه الله والاصح انه يرفع اولا ثم يكبر لان فعله نفي الكبرياء
عن غير الله والنفي مقدم على الاثبات كما في كلمة الشهادة ويرفع يديه حتى يحاذي بابهاميه شحمة
اذنيه وعند الشافعي رحمه الله يرفع الى منكبيه وعلى هذا تكبيرة القنوت والاعياد والجنازة
له حديث ابي حميد قال كان النبي عم اذا كبر رفع يديه الى منكبيه ولنا رواية وائل بن حجر والبراء
ابن عازب وانس رضوان الله تعالى عليهم اجمعين ان النبي عم كان اذا كبر رفع يديه حذاء
اذنيه ولان رفع اليدين لاعلام الاصم وهو بما قلناه وما رواه يحمل على حالة العذر والمرأة ترفع حذاء
منكبيها هو الصحيح لانه استر لها وان قال بدل التكبير الله اجل او اعظم او الرحمن اكبر او لا اله الا الله
او غيره من اسماء الله تعالى اجزأه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف وان كان يحسن التكبير
لم يجزه الا الله اكبر او الله الاكبر او الله الكبير وقال الشافعي لا يجوز الا بالاولين وقال مالك رحمه الله
لا يجوز الا بالاول لانه هو المنقول والاصل فيه التوقيف والشافعي يقول ادخال الالف واللام ابلغ
في الثناء فقام مقامه وابو يوسف رحمه الله يقول ان افعل وفعيلا في صفاته تعالى سواء بخلاف ما اذا
كان لا يحسن لانه لا يقدر الا على المعنى ولهما ان التكبير هو التعظيم لغة وهو حاصل فان
افتتح الصلوة بالفارسية او قرأ فيها بالفارسية او ذبح وسمى بالفارسية وهو يحسن العربية
اجزأه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجزيه الا في الذبيحة وان لم يحسن العربية اجزأه اما
الكلام في الافتتاح فمحمد مع ابي حنيفة في العربية ومع ابي يوسف في الفارسية لان لغة العرب لها
من المزية ما ليس لغيرها واما الكلام في القراءة فوجه قولهما ان القرآن اسم لمنظوم عربي كما نطق به النص
الا ان عند العجز يكتفى بالمعنى كالايماء بخلاف التسمية لان الذكر يحصل بكل لسان ولابي حنيفة قوله تعالى

وانه لفي زبر الاولين ولم يكن فيها بهذه اللغة ولهذا يجوز عند العجز الا انه يصير مسيئا لمخالفة السنة
المتوارثة ويجوز باي لسان كان سوى الفارسية هو الصحيح لما تلونا والمعنى لا يختلف باختلاف اللغات
والخلاف في الاعتداد ولا خلاف انه لا فساد ويروى رجوعه في اصل المسئلة الى قولهما وعليه الاعتماد
والخطبة والتشهد على هذا الخلاف وفي الاذان يعتبر التعارف وان افتتح الصلوة باللهم اغفر لي
لم يجز لانه مشوب بحاجته فلم يكن تعظيما خالصا ولو قال اللهم فقد قيل يجزيه لان معناه يا الله وقيل
لا يجزيه لان معناه يا الله امنا بخير فكان سؤالا قال ويعتمد بيده اليمنى على اليسرى تحت السرة لقوله
عليه السلام ان من السنة وضع اليمين على الشمال تحت السرة وهو حجة على مالك رحمه الله في الارسال
وعلى الشافعي رحمه الله في الوضع على الصدر ولان الوضع تحت السرة اقرب الى التعظيم وهو المقصود
ثم الاعتماد سنة القيام عند ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف رحمه الله حتى لا يرسل حالة الثناء
والاصل ان كل قيام فيه ذكر مسنون يعتمد فيه وما لا فلا هو الصحيح فيعتمد في حالة القنوت وصلوة
الجنازة ويرسل في القومة وبين تكبيرات الاعياد ثم يقول سبحانك اللهم وبحمدك الى آخره وعن
ابي يوسف رحمه الله انه يضم اليه قوله اني وجهت وجهي الى آخره لرواية علي رضي الله عنه انه عم
كان يقول ذلك ولهما رواية انس رضي الله عنه ان النبي كان اذا افتتح الصلوة كبر
وقرأ سبحانك اللهم وبحمدك الى آخره ولا يزيد على هذا وما رواه محمول على التهجد وقوله
وجل ثناؤك لم يذكر في المشاهير فلا يأتي به في الفرائض والاولى ان لا يأتي بالتوجه قبل التكبير
ليتصل النية به هو الصحيح ويستعيذ بالله من الشيطان الرجيم لقوله تعالى فاذا قرأت القرآن فاستعذ
بالله من الشيطان الرجيم معناه اذا اردت قراءة القرآن والاولى ان يقول استعيذ بالله
ليوافق القرآن ويقرب منه اعوذ بالله ثم التعوذ تبع للقراءة دون الثناء عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله لما تلونا حتى يأتي به المسبوق دون المقتدي ويؤخر عن تكبيرات العيد ويقرأ بسم
الله الرحمن الرحيم هكذا نقل في المشاهير ويسر بهما لقول ابن مسعود رضي الله عنه اربع يخفيهن
الامام وذكر منها التعوذ والتسمية وآمين وربنا لك الحمد وقال الشافعي يجهر بالتسمية
عند الجهر بالقراءة لما روي ان النبي عم جهر في صلوته بالتسمية قلنا هو محمول على التعليم لان انسا
رضي الله عنه اخبر انه عم كان لا يجهر بها ثم عن ابي حنيفة انه لا يأتي بها الا في اول كل ركعة
كالتعوذ وعنه انه يأتي بها احتياطا وهو قولهما ولا يأتي بها بين السورة والفاتحة الا
عند محمد فانه يأتي بها في صلوة المخافتة ثم يقرأ فاتحة الكتاب وسورة او ثلث آيات

من اي

من اي سورة شاء فقراءة الفاتحة لا تتعين ركنا عندنا وكذا ضم السورة اليها خلافا للشافعي
رحمه الله في الفاتحة ولمالك فيهما له قوله عليه السلام لا صلوة الا بفاتحة الكتاب وسورة معها وللشافعي
لا صلوة الا بفاتحة الكتاب ولنا قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن والزيادة عليه بخبر الواحد
لا تجوز لكنه يوجب العمل فقلنا بوجوبهما واذا قال الامام ولا الضالين قال آمين ويقولها
المؤتم لقوله صلى الله عليه وسلم اذا امن الامام فامنوا ولا متمسك لمالك رحمه الله
في قوله عليه السلام واذا قال ولا الضالين فقولوا آمين من حيث القسمة لانه قال في آخره
فان الامام يقولها قال ويخفونها لما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه ولانه دعاء فيكون
مبناه على الاخفاء والمد والقصر فيه وجهان والتشديد فيه خطأ فاحش ثم يكبر ويركع وفي الجامع
الصغير ويكبر مع الانحطاط لان النبي عليه السلام كان يكبر عند كل رفع وخفض ويحذف التكبير حذفا لان المد
في اوله خطأ من حيث الدين لكونه استفهاما وفي آخره لحن من حيث اللغة ويعتمد بيديه على ركبتيه ويفرج
بين اصابعه لقوله عم لانس رضي الله عنه اذا ركعت فضع يديك على ركبتيك وفرج بين اصابعك
ولا يندب الى التفريج الا في هذه الحالة ليكون امكن من الاخذ ولا الى الضم الا في حالة السجود وفيما
وراء ذلك يترك على العادة ويبسط ظهره لان النبي عم كان اذا ركع بسط ظهره ولا يرفع رأسه
ولا ينكسه لان النبي عم كان اذا ركع لا يصوب رأسه ولا يقنعه ويقول سبحان ربي العظيم
ثلاثا وذلك ادناه لقوله عم اذا ركع احدكم فليقل في ركوعه سبحان ربي العظيم ثلاثا وذلك ادناه
اي ادنى كمال الجمع ثم يرفع رأسه ويقول سمع الله لمن حمده ويقول المؤتم ربنا لك الحمد ولا يقولها الامام
عند ابي حنيفة وقالا يقولها في نفسه لما روى ابو هريرة رضي الله عنه ان النبي عليه السلام كان يجمع بين الذكرين
ولانه حرض غيره فلا ينسى نفسه وله قوله عم اذا قال الامام سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا
لك الحمد هذه قسمة وانها تنافي الشركة ولهذا لا يأتي المؤتم بالتسميع عندنا خلافا للشافعي رحمه الله
ولانه يقع تحميده بعد تحميد المقتدي وهو خلاف موضوع الامامة والذي رواه محمول على حالة
الانفراد والمنفرد يجمع بينهما في الاصح وان كان يروى الاكتفاء بالتحميد والامام بالدلالة
عليه آت به معنى قال ثم اذا استوى قائما كبر وسجد اما التكبير والسجود فلما بينا واما الاستواء
قائما فليس بفرض وكذا الجلسة بين السجدتين والطمأنينة في الركوع والسجود وهذا عند ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يفترض ذلك وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله عم قم فصل فانك لم
تصل قاله لاعرابي حين اخف الصلوة ولهما ان الركوع هو الانحناء والسجود هو الانخفاض لغة

فيتعلق الركنية بالادنى فيهما وكذا في الانتقال اذ هو غير مقصود وفي آخر ما روى تسمية اياه
صلوة حيث قال وما نقصت من هذا شيئا فقد نقصت من صلوتك ثم القومة والجلسة سنة
عندهما وكذا الطمانينة في تخريج الجرجاني وفي تخريج الكرخي واجبة حتى تجب سجدتا السهو بتركها
عنده ويعتمد بيديه على الارض لان وائل بن حجر وصف صلوة رسول الله عم فسجد وادعم على
راحتيه ورفع عجيزته قال ووضع وجهه بين كفيه ويديه حذاء اذنيه لما روى انه عم فعل كذلك و
سجد على انفه وجبهته لان النبي عم واظب عليه فان اقتصر على احدهما جاز عند ابي حنيفة وقالا لا
على الانف الا من عذر وهو رواية عنه لقوله عم امرت ان اسجد على سبعة اعظم وعد منها
الجبهة ولابي حنيفة ان السجود يتحقق بوضع بعض الوجه وهو المامور به الا ان الخد والذقن خارج
والمذكور فيما روى الوجه في المشهور ووضع اليدين والركبتين سنة عندنا لتحقق السجود دونهما
واما وضع القدمين فقد ذكر القدوري انه فريضة في السجود فان سجد على كور عمامته او فاضل
ثوبه جاز لان النبي عم كان يسجد على كور عمامته ويروى انه عليه السلام صلى في ثوب واحد يتقي
بفضوله حر الارض وبردها ويبدي ضبعيه لقوله عم وابد ضبعيك ويروى وابدد من الابداد
وهو المد والاول من الابداء وهو الاظهار ويجافي بطنه عن فخذيه لان النبي عم كان اذا
سجد جافى حتى ان بهمة لو ارادت ان تمر بين يديه لمرت وقيل اذا كان في الصف لا
يجافي كيلا يؤذي جاره ويوجه اصابع رجليه نحو القبلة لقوله عم اذا سجد المؤمن سجد كل عضو
منه فليوجه من اعضائه القبلة ما استطاع ويقول في سجوده سبحان ربي الاعلى ثلثا وذلك
ادناه لقوله عم اذا سجد احدكم فليقل في سجوده سبحان ربي الاعلى ثلثا وذلك ادناه اي
ادنى كمال الجمع ويستحب ان يزيد على الثلث في الركوع والسجود بعد ان يختم بالوتر لانه عليه السلام
كان يختم بالوتر وان كان اماما لا يزيد على وجه يمل القوم حتى لا يؤدي الى التنفير ثم تسبيحات
الركوع والسجود سنة لان النص تناولهما دون تسبيحاتهما فلا يزاد على النص والمراة تنخفض
في سجودها وتلزق بطنها بفخذيها لان ذلك استر لها قال ثم يرفع راسه ويكبر لما روينا
فاذا اطمان جالسا كبر وسجد لقوله عليه السلام في حديث الاعرابي ثم ارفع راسك حتى تستوي
جالسا ولو لم يستو جالسا وسجد اخرى اجزاه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد ذكرناه وتكلموا
في مقدار الرفع والاصح انه اذا كان الى السجود اقرب لا يجوز لانه يعد ساجدا وان كان الى
القعود اقرب جاز لانه يعد جالسا قال فاذا اطمان ساجدا كبر وقد ذكرناه و
استوى قائما على صدور قدميه ولا يقعد ولا يعتمد بيديه على الارض وقال الشافعي رحمه

يجلس

يجلس جلسة خفيفة ثم ينهض معتمدا على الارض لما روى انه عليه السلام فعل ذلك ولنا حديث ابي
هريرة ان النبي عليه السلام كان ينهض في الصلوة على صدور قدميه وما رواه محمول على حالة الكبر ولان هذه
قعدة استراحة والصلوة ما وضعت لها ويفعل في الثانية ما فعل في الركعة الاولى لانه تكرار
الاركان الا انه لا يستفتح ولا يتعوذ لانهما لم يشرعا الا مرة ولا يرفع يديه الا في التكبيرة الاولى خلافا
للشافعي رحمه الله في الركوع والرفع منه لقوله عم لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن تكبيرة الافتتاح
وتكبيرة القنوت وتكبيرات العيدين وذكر الاربع في الحج والذي يروى من الرفع محمول على الابتداء
كذا نقل عن ابن الزبير واذا رفع راسه من السجدة الثانية في الركعة الثانية افترش رجله اليسرى
فجلس عليها ونصب اليمنى نصبا ووجه اصابعه نحو القبلة هكذا وصفت عائشة رضي الله عنها قعود
النبي عم في الصلوة قال ووضع يديه على فخذيه وبسط اصابعه وتشهد يروى ذلك في حديث
وائل رضي الله عنه ولان فيه توجيه اصابع يديه الى القبلة فان كانت امراة جلست على اليتها
اليسرى واخرجت رجليها من الجانب الايمن لانه استر لها قال والتشهد التحيات لله
والصلوات والطيبات السلام عليك ايها النبي ورحمة الله وبركاته الى اخره وهذا تشهد عبد الله
ابن مسعود رضي الله عنه فانه قال اخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم بيدي وعلمني التشهد كما يعلمني
سورة من القران وقال قل التحيات لله الى اخره والاخذ بهذا اولى من الاخذ بتشهد عبد الله
ابن عباس رضي الله عنه وهو قوله التحيات المباركات الصلوات الطيبات لله سلام عليك ايها النبي
ورحمة الله وبركاته سلام علينا الى اخره لان فيه الامر واقله الاستحباب والالف واللام وهما
للاستغراق وزيادة الواو وهي لتجديد الكلام كما في القسم وتاكيد التعليم ولا يزيد على هذا في
القعدة الاولى لقول ابن مسعود رضي الله عنه علمني رسول الله صلى الله عليه وسلم التشهد في وسط
الصلوة وفي اخرها فاذا كان وسط الصلوة نهض اذا فرغ من التشهد واذا كان اخر الصلوة
دعا لنفسه بما شاء قال ويقرا في الركعتين الاخريين فاتحة الكتاب وحدها لحديث ابي قتادة
رضي ان النبي عليه السلام قرا في الاخريين بفاتحة الكتاب وهذا بيان الافضل هو الصحيح لان
القراءة فرض في الركعتين على ما ياتيك من بعد قال وجلس في الاخيرة كما جلس في الاولى
لما روينا من حديث وائل وعائشة رضي الله عنهما ولانه اشق على البدن من التورك الذي يميل
اليه مالك والذي يروى انه عليه السلام قعد متوركا ضعفه الطحاوي او يحمل على حال الكبر قال
وتشهد وهو واجب عندنا وصلى على النبي عم وهو ليس بفريضة عندنا خلافا للشافعي فيهما لقوله

خلافا للشافعي رحمه الله فيهما لقوله عم اذا قلت هذا او فعلت هذا فقد تمت صلوتك ان شئت ان تقوم فقم وان شئت ان تقعد فاقعد والصلوة على النبي عم خارج الصلوة واجبة اما مرة كما قال الكرخي او كلما ذكر عليه السلام كما اختاره الطحاوي فكفينا مؤنة الامر والفرض المروي في التشهد هو التقدير ودعا بما شاء مما يشبه الفاظ القرآن والادعية المأثورة لما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه وقال له النبي عم ثم اختر من الدعاء اطيبه واعجبه اليك ويبدأ بالصلوة على النبي عم ليكون اقرب الى الاجابة ولا يدعو بما يشبه كلام الناس تحرزا عن الفساد ولهذا يأتي بالمأثور المحفوظ وما لا يستحيل سؤاله من العباد كقوله اللهم زوجني فلانة يشبه كلامهم وما يستحيل كقوله اللهم اغفر لي ليس من كلامهم وقوله اللهم ارزقني من قبيل الاول هو الصحيح لاستعمالها فيما بين العباد يقال رزق الامير الجيش ثم يسلم عن يمينه فيقول السلام عليكم ورحمة الله وعن يساره مثل ذلك لما روى ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يسلم عن يمينه حتى يرى بياض خده الايمن وعن يساره حتى يرى بياض خده الايسر وينوي من عن يمينه من الرجال والنساء والحفظة وكذلك في الثانية لان الاعمال بالنيات ولا ينوي النساء في زماننا ولا من لا شركة له في صلوته هو الصحيح لان الخطاب خطاب الحاضرين ولابد للمقتدي من نية امامه فان كان الامام من الجانب الايمن او الايسر نواه فيهم وان كان بحذائه نواه في الاولى عند ابي يوسف ترجيحا للجانب الايمن وعند محمد رحمه الله وهو رواية عن ابي حنيفة نواه فيهما لانه ذو حظ من الجانبين والمنفرد ينوي الحفظة لا غير لانه ليس معه سواهم والامام ينوي بالتسليمتين هو الصحيح ولا ينوي في الملائكة عددا محصورا لان الاخبار في عددهم قد اختلفت فاشبه الايمان بالانبياء عليهم السلام ثم اصابة لفظة السلام واجبة عندنا وليست بفرض خلافا للشافعي رحمه الله هو يتمسك بقوله عليه السلام تحريمها التكبير وتحليلها التسليم ولنا ما رويناه من حديث ابن مسعود رضي الله عنه والتخيير ينافي الفرضية والوجوب الا انا اثبتنا الوجوب بما رواه احتياطا وبمثله لا تثبت الفرضية

فصل في القراءة

قال ويجهر بالقراءة في الفجر وفي الركعتين الاوليين من المغرب والعشاء ان كان اماما ويخفي في الاخريين هذا هو المتوارث وان كان منفردا فهو مخير ان شاء جهر واسمع نفسه لانه امام في حق نفسه وان شاء خافت لانه ليس خلفه من يسمعه والافضل هو الجهر ليكون الاداء على هيئة الجماعة ويخفيها الامام في الظهر والعصر وان كان بعرفة لقوله عم صلوة النهار عجماء اي ليست فيها قراءة مسموعة وفي عرفة خلاف مالك رحمه الله والحجة عليه ما رويناه

ويجهر في الجمعة والعيدين لورود النقل المستفيض بالجهر وفي التطوع بالنهار يخافت وفي الليل يتخير اعتبارا بالفرض في حق المنفرد وهذا لانه مكمل له فيكون تبعا له ومن فاتته العشاء فصلاها بعد طلوع الشمس ان ام فيها جهر كما فعل رسول الله عم حين قضى الفجر غداة ليلة التعريس بجماعة وان كان وحده خافت حتما لان الجهر يختص اما بالجماعة حتما او بالوقت في حق المنفرد على وجه التخيير ولم يوجد احدهما ومن قرأ في العشاء في الاوليين السورة ولم يقرأ بفاتحة الكتاب لم يعد في الاخريين وان قرأ الفاتحة ولم يزد عليها قرأ في الاخريين الفاتحة والسورة وجهر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يقضي واحدة منهما لان الواجب اذا فات عن وقته لا يقضى الا بدليل كما اذا سهى الامام عن تكبيرات العيد حتى ذكرها في الركوع ولهما وهو الفرق بين الوجهين ان قراءة الفاتحة شرعت على وجه يترتب عليها السورة فلو قضاها في الاخريين تترتب الفاتحة على السورة وهذا خلاف الموضوع بخلاف ما اذا ترك السورة لانه امكن قضاؤها على الوجه المشروع ثم ذكر ههنا ما يدل على الوجوب وفي الاصل بلفظ الاستحباب لانها ان كانت مؤخرة فغير موصولة بالفاتحة فلم يمكن مراعاة موضوعها من كل وجه ويجهر بهما هو الصحيح لان الجمع بين الجهر والمخافتة ثم المخافتة ان يسمع نفسه والجهر ان يسمع غيره وهذا عند الهندواني رحمه الله لان مجرد حركة اللسان لا يسمى قراءة بدون الصوت وقال الكرخي ادنى الجهر ان يسمع نفسه وادنى المخافتة تصحيح الحروف لان القراءة فعل اللسان دون الصماخ وفي لفظ الكتاب اشارة الى هذا وعلى هذا الاصل كل ما يتعلق بالنطق كالطلاق والعتاق والاستثناء وغير ذلك وادنى ما يجزئ من القراءة في الصلوة آية عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ثلاث آيات قصار او آية طويلة لانه لا يسمى قارئا بدونه فاشبه قراءة ما دون الآية وله قوله تعالى فاقرءوا ما تيسر من القرآن من غير فصل الا ان ما دون الآية خارج والآية ليست في معناه وفي السفر يقرأ بفاتحة الكتاب واي سورة شاء لما روي ان النبي عم قرأ في صلوة الفجر في سفره بالمعوذتين ولان للسفر اثرا في اسقاط شطر الصلوة فلان يؤثر في تخفيف القراءة اولى وهذا اذا كان على عجلة من السير وان كان في امنة وقرار يقرأ في الفجر نحو سورة البروج وانشقت لانه يمكنه مراعاة السنة مع التخفيف ويقرأ في الحضر في الفجر في الركعتين باربعين آية او خمسين آية سوى فاتحة الكتاب ويروى من اربعين الى ستين ومن ستين الى مائة وبكل ذلك ورد الاثر ووجه التوفيق انه يقرأ بالراغبين مائة وبالكسالى اربعين وبالاوساط ما بين خمسين الى ستين وقيل ينظر الى طول الليالي وقصرها والى كثرة الاشتغال

ومنع المقتدي عن القراءة مأثور عن ثمانين نفرا من كبار الصحابة منهم المرتضى والعبادلة رضي الله عنهم وقد دون أهل الحديث أساميهم وهو ركن مشترك بينهما لكن حظ المقتدي الاستماع والانصات لان المطلوب من القراءة التدبر والتفكر وحضور القلب والعمل به قال الله تعالى كتاب أنزلناه إليك مبارك ليدبروا آياته كذا

وقتها قال وفي الظهر مثل ذلك لاستوائهما في سعة الوقت وقال في الاصل او دونه لانه وقت الاشتغال فينقص عنه تحرزا عن الملال والعصر والعشاء سواء يقرأ فيهما بأوساط المفصل وفي المغرب دون ذلك يقرأ فيها بقصار المفصل والاصل فيه كتاب عمر رضي الله عنه الى ابي موسى الاشعري رضي الله عنه ان اقرأ في الفجر والظهر بطوال المفصل وفي العصر والعشاء بأوساط المفصل وفي المغرب بقصار المفصل ولان مبنى المغرب على العجلة والتخفيف أليق بها والعصر والعشاء يستحب فيهما التأخير وقد يقعان بالتطويل في وقت غير مستحب فيوقت فيهما بالاوساط قال ويطيل الركعة الاولى من الفجر على الثانية اعانة للناس على ادراك الجماعات قال وركعتا الظهر سواء وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله احب الي ان يطول الركعة الاولى على الثانية في الصلوات كلها لما روي ان النبي عليه السلام كان يطيل الركعة الاولى على غيرها في الصلوات كلها ولهما ان الركعتين استويا في استحقاق القراءة فيستويان في المقدار بخلاف الفجر لانه وقت نوم وغفلة والحديث محمول على الاطالة من حيث الثناء والتعوذ والتسمية ولا معتبر بالزيادة والنقصان بما دون ثلث آيات لعدم امكان الاحتراز عنه من غير حرج وليس في شيء من الصلوات قراءة سورة بعينها لا يجوز غيرها لاطلاق ما تلونا ولا يقرأ المؤتم خلف الامام خلافا للشافعي رحمه الله في الفاتحة له ان القراءة ركن من الاركان فيشتركان فيه ولنا قوله عليه السلام من كان له امام فقراءة الامام له قراءة وعليه اجماع الصحابة وهو ركن مشترك بينهما لكن حظ المقتدي الانصات والاستماع قال عليه السلام واذا قرأ فانصتوا ويستحسن على سبيل الاحتياط فيما يروى عن محمد رحمه الله ويكره عندهما لما فيه من الوعيد ويستمع وينصت وان قرأ الامام آية الترغيب والترهيب لان الاستماع فرض بالنص والقراءة وسؤال الجنة والتعوذ من النار كل ذلك مخل به وكذلك في الخطبة وكذلك ان صلى على النبي عليه السلام لفرضية الاستماع الا ان يقرأ الخطيب قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا صلوا عليه الآية فيصلي السامع في نفسه واختلفوا في النائي عن المنبر والاحوط السكوت اقامة لفرض الانصات

باب الامامة

الجماعة سنة مؤكدة لقوله عليه السلام الجماعة من سنن الهدى لا يتخلف عنها الا منافق واولى الناس بالامامة اعلمهم بالسنة وعن ابي يوسف اقرؤهم لان القراءة لا بد منها والحاجة الى العلم اذا نابت نائبة ونحن نقول القراءة مفتقر اليها لركن واحد والعلم لسائر الاركان فان تساووا فاقرؤهم لقوله عليه السلام يؤم القوم اقرؤهم لكتاب الله تعالى فان كانوا سواء فاعلمهم بالسنة

واقرؤهم

فاقرؤهم كان اعلمهم لانهم يتلقونه باحكامه فقدم في الحديث ولا كذلك في زماننا فقدمنا الاعلم فان تساووا فاورعهم لقوله عليه السلام من صلى خلف عالم تقي فكأنما صلى خلف نبي فان تساووا فاسنهم لقوله عليه السلام وليؤمكما اكبركما سنا ولان في تقديمه تكثير الجماعة ويكره تقديم العبد لانه لا يتفرغ للتعلم والاعرابي لان الغالب فيهم الجهل والفاسق لانه لا يهتم لامر دينه والاعمى لانه لا يتوقى النجاسة وولد الزنا لانه ليس له اب يثقفه فيغلب عليه الجهل ولان في تقديم هؤلاء تنفير الجماعة فيكره وان تقدموا جاز لقوله عليه السلام صلوا خلف كل بر وفاجر ولا يطول الامام بهم الصلاة لقوله عليه السلام من ام قوما فليصل بهم صلاة اضعفهم فان فيهم المريض والكبير وذا الحاجة ويكره للنساء ان يصلين وحدهن الجماعة لانها لا تخلو عن ارتكاب محرم وهو قيام الامام وسط الصف فيكره كالعراة فان فعلن قامت الامام وسطهن لان عائشة رضي الله عنها فعلت كذلك وحمل فعلها الجماعة على ابتداء الاسلام ولان في التقدم زيادة الكشف ومن صلى مع واحد اقامه عن يمينه لحديث ابن عباس رضي الله عنهما فانه عليه السلام صلى به واقامه عن يمينه ولا يتأخر عن الامام وعن محمد رحمه الله انه يضع اصابعه عند عقب الامام والاول هو الظاهر وان صلى خلفه او في يساره جاز وهو مسيء لانه خالف السنة وان ام اثنين تقدم عليهما وعن ابي يوسف يتوسطهما ونقل ذلك عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ولنا انه عليه السلام تقدم على انس واليتيم رضي الله عنهما حين صلى بهما فهذا للافضلية والاثر دليل الاباحة ولا يجوز للرجال ان يقتدوا بامرأة او صبي اما المرأة فلقوله عليه السلام اخروهن من حيث اخرهن الله فلا يجوز تقديمها واما الصبي فلانه متنفل فلا يجوز اقتداء المفترض به وفي التراويح والسنن المطلقة جوزه مشايخ بلخ ولم يجوزه مشايخنا ومنهم من حقق الخلاف في النفل المطلق بين ابي يوسف وبين محمد والمختار انه لا يجوز في الصلوات كلها لان نفل الصبي دون نفل البالغ حيث لا يلزمه القضاء بالافساد بالاجماع ولا يبنى القوي على الضعيف بخلاف المظنون لانه مجتهد فيه فاعتبر العارض عدما وبخلاف اقتداء الصبي بالصبي لان الصلاة متحدة ويصف الرجال ثم الصبيان ثم النساء لقوله عليه السلام ليليني منكم اولو الاحلام والنهى ولان المحاذاة مفسدة فيؤخرن وان حاذته امرأة وهما مشتركان في الصلاة فسدت صلاته ان نوى الامام امامتها والقياس ان لا تفسد وهو قول الشافعي اعتبارا بصلاتها حيث لا تفسد وجه الاستحسان ما رويناه وانه من المشاهير وهو المخاطب به دونها فيكون هو التارك لفرض المقام فتفسد صلاته دون صلاتها كالمأموم اذا تقدم على الامام وان لم ينو امامتها لم تضره ولا تجوز صلاتها لان الاشتراك لا يثبت دونها عندنا خلافا لزفر رحمه الله ألا يرى انه يلزمه الترتيب في المقام فيتوقف على التزامه كالاقتداء

وصورة المظنون شرع في الصلوة على ظن انه عليه ثم تبين انه ليس عليه والاقتداء بالمظنون يجوز بالاجماع بيان الفرق وهو ان العارض وهو الظن يمكنه ان يجعل معدوما في حق المقتدي فيكون الصلوة مظنونا على الامام لان صلوة المظنون تختلف عند زفر عليه القضاء فاذا كان القضاء اختلافا يمكن ان يجعل الظن معدوما فاذا جعل معدوما يتحد حال الامام والمقتدي فيجوز الاقتداء اما الصبي لا يمكن ان يجعل معدوما لانه اصلي فاذا لم يكن لا يتحد حال الامام والمقتدي لان الصلوة ليست بمظنون على الامام وهو الصبي وعلى المقتدي مظنون فلا يجوز الاقتداء فوائد

وانما تشترط نية الامامة اذا ائتمت محاذية وان لم يكن بجنبها رجل ففيه روايتان والفرق على احديهما ان الفساد في الاول لازم وفي الثاني محتمل ومن شرائط المحاذاة ان تكون الصلوة مشتركة وان تكون مطلقة وان تكون المرأة من اهل الشهوة وان لا يكون بينهما حائل لانها عرفت مفسدة بالنص بخلاف القياس فيراعى جميع ما ورد به النص ويكره لهن حضور الجماعات يعني الشواب منهن لما فيه من خوف الفتنة ولا بأس بالعجوز ان تخرج في الفجر والمغرب والعشاء وهذا عند ابي حنيفة وقالا يخرجن في الصلوات كلها لانه لا فتنة لقلة الرغبة فلا يكره كما في العيد وله ان فرط الشبق حامل فتقع الفتنة غير ان الفساق انتشارهم في الظهر والعصر والجمعة اما في الفجر والعشاء فهم نائمون وفي المغرب بالطعام مشغولون والجبانة متسعة فيمكنها الاعتزال عن الرجال فلا يكره قال ولا يصلي الطاهر خلف من هو في معنى المستحاضة ولا الطاهرة خلف المستحاضة لان الصحيح اقوى حالا من المعذور والشيء لا يتضمن ما هو فوقه والامام ضامن بمعنى تضمن صلوته صلوة المقتدي ولا يصلي القاري خلف الامي ولا المكتسي خلف العاري لقوة حالهما ويجوز ان يؤم المتيمم المتوضئين وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وابي يوسف وقال محمد لا يجوز لانه طهارة ضرورية والطهارة بالماء اصلية ولهما انه طهارة مطلقة ولهذا لا يتقدر بقدر الحاجة ويؤم الماسح الغاسلين لان الخف مانع سراية الحدث الى القدم وما حل بالخف يزيله المسح بخلاف المستحاضة لان الحدث لم يعتبر شرعا مع قيامه حقيقة ويصلي القائم خلف القاعد وقال محمد رحمه الله لا يجوز وهو القياس لقوة حال القائم ونحن تركناه بالنص وهو ما روي انه عليه السلام صلى آخر صلوته قاعدا والقوم خلفه قيام ويصلي المومي خلف مثله لاستواء حالهما الا ان يومي المؤتم قاعدا والامام مضطجعا لان القعود معتبر فيثبت به القوة ولا يصلي الذي يركع ويسجد خلف المومي لان حال المقتدي اقوى وفيه خلاف زفر رحمه الله ولا يصلي المفترض خلف المتنفل لان الاقتداء بناء ووصف الفرضية معدوم في حق الامام فلا يتحقق البناء على المعدوم قال ولا من يصلي فرضا خلف من يصلي فرضا آخر لان الاقتداء شركة وموافقة فلا بد من الاتحاد وعند الشافعي رحمه الله يصح في جميع ذلك لان الاقتداء عنده اداء على سبيل الموافقة وعندنا معنى التضمن مراعى فيراعى الاتحاد ويصلي المتنفل خلف المفترض لان الحاجة في حقه الى اصل الصلوة وهو موجود في حق الامام فيتحقق البناء ومن اقتدى بامام ثم علم ان امامه محدث اعاد لقوله عليه السلام من ام قوما ثم ظهر انه كان محدثا

او جنبا

فان قيل روي انه عم قال ايما رجل صلى بقوم ثم تذكر جنابته اعاد ولم يعيدوا فتعارض قلنا كان ذلك في ابتداء الاسلام قبل تعلق صلوة القوم بصلوة الامام على ما روي ان المسبوق كان اذا شرع قضى ما فاته اولا ثم تابع امامه حتى تابع ابن مسعود او معاذ رضي الله عنهما ثم قضى الفائتة فصار شريعة بتقريره عليه السلام وهو اخذنا ويلي حديث معاذ كافي

او جنبا اعاد صلوته واعادوا وفيه خلاف الشافعي بناء على ما تقدم ونحن نعتبر معنى التضمن وذلك في الجواز والفساد واذا صلى امي بقوم يقرؤون وبقوم اميين فصلوتهم فاسدة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا صلوة الامام ومن لا يقرأ تامة لانه معذور ام قوما معذورين وغير معذورين فصار كما اذا ام العاري عراة ولابسين وله ان الامام ترك فرض القراءة مع القدرة عليها فتفسد صلوته وهذا لانه لو اقتدى بالقاري يكون قراءته قراءة له بخلاف تلك المسئلة وامثالها لان الموجود في حق الامام لا يكون موجودا في حق المقتدي ولو كان يصلي الامي وحده والقاري وحده جاز وهو الصحيح لانه لم تظهر منهما رغبة في الجماعة فان قرأ الامام في الاوليين ثم قدم في الاخريين اميا فسدت صلوتهم وقال زفر لا تفسد لتأدي فرض القراءة ولنا ان كل ركعة صلوة فلا تخلى عن القراءة اما تحقيقا او تقديرا ولا تقدير في حق الامي لانعدام الاهلية وكذا على هذا لو قدمه في التشهد باب الحدث في الصلوة ومن سبقه الحدث في الصلوة انصرف فان كان اماما استخلف وتوضأ وبنى والقياس ان يستقبل وهو قول الشافعي رحمه الله لان الحدث ينافيها والمشي والانحراف يفسدانها فاشبه الحدث العمد ولنا قوله عليه السلام من قاء او رعف او امذى في صلوته فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلوته ما لم يتكلم وقال عليه السلام اذا صلى احدكم فقاء او رعف فليضع يده على فمه وليقدم من لم يسبق بشيء والبلوى فيما يسبق دون ما يتعمده فلا يلحق به والاستئناف افضل تحرزا عن شبهة الخلاف وقيل ان المنفرد يستقبل والامام والمقتدي يبني صيانة لفضيلة الجماعة والمنفرد ان شاء اتم في منزله وان شاء عاد الى مكانه والمقتدي يعود الى مكانه الا ان يكون امامه قد فرغ او لا يكون بينهما حائل ومن ظن انه احدث فخرج من المسجد ثم علم انه لم يحدث استقبل الصلوة وان لم يكن خرج من المسجد يصلي ما بقي والقياس فيهما الاستقبال وهو رواية عن محمد رحمه الله لوجود الانصراف من غير عذر وجه الاستحسان انه انصرف على قصد الاصلاح الا ترى انه لو تحقق ما توهمه بنى على صلوته فالحق قصد الاصلاح بحقيقته ما لم يختلف المكان بالخروج وان كان استخلف فسدت لانه عمل كثير من غير عذر وهذا بخلاف ما اذا ظن انه افتتح على غير وضوء فانصرف حيث تفسد وان لم يخرج لان الانصراف على سبيل الرفض الا ترى انه لو تحقق ما توهمه يستقبله وهذا هو الحرف ومكان الصفوف في الصحراء له حكم المسجد ولو تقدم قدامه فالحد السترة وان لم يكن فمقدار الصفوف خلفه وان كان منفردا فموضع سجوده من كل جانب وان جن او نام فاحتلم او اغمي عليه استقبل لانه يندر وجود هذه العوارض فلم يكن

في معنى ما ورد به النص وكذا اذا قهقه لانه بمنزلة الكلام وهو قاطع وان حصر الامام عن القراءة
فقدم غيره اجزاهم عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجزيهم لانه يندر وجوده وله ان الاستخلاف
لعلة العجز وهو ههنا الزم والعجز عن القراءة غير نادر ولو قرأ مقدار ما تجوز به الصلوة لا يجوز
بالاجماع لعدم الحاجة الى الاستخلاف وان سبقه الحدث بعد التشهد توضأ وسلم
لان التسليم واجب فلا بد من التوضي ليأتي به وان تعمد الحدث في هذه الحالة او تكلم
او عمل عملا ينافي الصلوة تمت صلوته لانه تعذر البناء لوجود القاطع لكن لا اعادة عليه
لانه لم يبق عليه شيء من الاركان فان رأى المتيمم الماء في صلوته بطلت وقد مر فان رآه
بعد ما قعد قدر التشهد او كان ماسحا فانقضت مدة مسحه او خلع خفيه بعمل
يسير او كان اميا فتعلم سورة من القرآن او عريانا فوجد ثوبا او مومياً فقدر على الركوع
والسجود او تذكر فائتة عليه قبل هذه او احدث فاستخلف امياً او طلعت الشمس في الفجر او دخل
وقت العصر في الجمعة او كان ماسحا على الجبيرة فسقطت عن برء او كان صاحب عذر فانقطع
عذره كالمستحاضة ومن بمعناها بطلت الصلوة عند ابي حنيفة رحمه الله وقيل الاصل فيه ان الخروج
عن الصلوة بصنع المصلي فرض عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما ليس بفرض فاعتراض هذه
عنده في هذه الحالة كاعتراضها في خلال الصلوة وعندهما كاعتراضها بعد التسليم لهما ما رويناه
من حديث ابن مسعود رضي الله عنه وله انه لا يمكنه اداء صلوة اخرى الا بالخروج عن هذه وما
لا يتوصل الى الفرض الا به يكون فرضا ومعنى قوله تمت قاربت التمام والاستخلاف
ليس بمفسد حتى يجوز في حق القاري وانما الفساد ضرورة حكم شرعي وهو عدم صلاحيته
للامامة ومن اقتدى بالامام بعد ما صلى ركعة فاحدث الامام فقدمه اجزاه لوجود المشاركة
في التحريمة والاولى للامام ان يقدم مدركا لانه اقدر على اتمام صلوته وينبغي لهذا المسبوق ان
لا يتقدم لعجزه عن التسليم فلو تقدم يبتدي من حيث انتهى اليه الامام لقيامه مقامه واذا انتهى الى
السلام يقدم مدركا يسلم بهم فلو انه حين اتم صلوة الامام قهقه او احدث متعمدا او تكلم او خرج
من المسجد فسدت صلوته وصلوة القوم تامة لان المفسد في حقه وجد في خلال الصلوة
وفي حقهم بعد تمام اركانها والامام الاول ان كان فرغ لا تفسد صلوته وان لم يفرغ تفسد
وهو الاصح فان لم يحدث الامام الاول وقعد قدر التشهد ثم قهقه او احدث متعمدا فسدت
صلوة الذي لم يدرك اوله عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا تفسد وان تكلم او خرج من المسجد لم تفسد

في قولهم جميعا لهما ان صلوة المقتدي بناء على صلوة الامام جوازا وفسادا ولم تفسد
صلوة الامام فكذا صلوته فصار كالسلام والكلام وله ان القهقهة مفسدة للجزء الذي
تلاقيه من صلوة الامام فيفسد مثله من صلوة المقتدي غير ان الامام لا يحتاج الى البناء والمسبوق يحتاج
اليه والبناء على الفاسد فاسد بخلاف السلام لانه منه والكلام في معناه وينتقض وضوء
الامام لوجود القهقهة في حرمة الصلوة ومن احدث في ركوعه او سجوده توضأ وبنى ولا يعتد
بالتي احدث فيها لان اتمام الركن بالانتقال ومع الحدث لا يتحقق فلا بد من الاعادة
ولو كان اماما فقدم غيره دام المقدم على الركوع لانه يمكنه الاتمام بالاستدامة ولو ذكر
وهو راكع او ساجد ان عليه سجدة فانحط من ركوعه او رفع رأسه من سجوده فسجدها يعيد
الركوع والسجود وهذا بيان الاولى لتقع الافعال مرتبة بالقدر الممكن وان لم يعد اجزاه
لان الانتقال مع الطهارة شرط وعن ابي يوسف انه يلزمه اعادة الركوع لان القومة فرض
عنده ومن ام رجلا واحدا فاحدث وخرج من المسجد فالماموم امام نوى او لم ينو لما فيه
من صيانة الصلوة وتعيين الاول لقطع المزاحمة ولا مزاحم ويتم الاول صلوته مقتديا بالثاني
كما اذا استخلفه حقيقة ولو لم يكن خلفه الا صبي او امرأة قيل تفسد صلوته لاستخلاف من
لا يصلح للامامة وقيل لا تفسد لانه لم يوجد الاستخلاف قصدا وهو لا يصلح للامامة

باب ما يفسد الصلوة وما يكره فيها

ومن تكلم في صلوته عامدا او ساهيا بطلت صلوته خلافا للشافعي
في الخطاء والنسيان ومفزعه الحديث المعروف ولنا قوله عليه السلام ان صلوتنا هذه لا يصلح
فيها شيء من كلام الناس وانما هي التسبيح والتهليل وقراءة القرآن وما رواه محمول على رفع
الاثم بخلاف السلام ساهيا لانه من الاذكار فيعتبر ذكرا في حالة النسيان وكلاما في حالة
العمد لما فيه من كاف الخطاب فان ان فيها او تأوه او بكى فارتفع بكاؤه فان كان
من ذكر الجنة لانه يدل على زيادة الخشوع وان كان من وجع او مصيبة قطعها لان فيه اظهار الجزع
والتاسف فكان من كلام الناس وعن ابي يوسف ان قوله آه لا يفسد في الحالين واوه يفسد
وقيل الاصل عنده ان الكلمة اذا اشتملت على حرفين وهما زائدتان او احدهما لا تفسد
وان كانتا اصليتين تفسد وحروف الزوائد جمعوها في قولهم اليوم تنساه وهذا لا يقوى لان
كلام الناس في متفاهم العرف يتبع وجود حروف الهجاء وافهام المعنى ويتحقق ذلك في حروف كلها
زوائد وان تنحنح بغير عذر بان لم يكن مدفوعا اليه وحصل به الحروف ينبغي ان يفسد عندهما

وان كان لعذر فهو عفو كالعطاس والجشاء اذا حصل به حروف ومن عطس فقال له آخر يرحمك الله وهو في الصلوة فسدت صلوته لانه يجري في مخاطبات الناس فكان من كلامهم بخلاف ما اذا قال العاطس او السامع الحمد لله على ما قالوا لانه لم يتعارف جوابا وان استفتح ففتح عليه رجل في صلوته فسدت صلوته ومعناه ان يفتح المصلي على غير امامه لانه تعليم وتعلم فكان من كلام الناس ثم شرط التكرار في الاصل لانه ليس من اعمال الصلوة فيعفى القليل منه ولم يشترط في الجامع الصغير لان الكلام بنفسه قاطع وان قل وان فتح على امامه لم يكن كلاما استحسانا لانه مضطر الى اصلاح صلوته فكان هذا من اعمال الصلوة معنى وينوي الفتح على امامه دون القراءة هو الصحيح لانه مرخص فيه وقراءته ممنوع عنه ولو كان الامام انتقل الى آية اخرى تفسد صلوة الفاتح وتفسد صلوة الامام لو اخذ بقوله لوجود التلقين والتلقن من غير ضرورة وينبغي للمقتدي ان لا يعجل بالفتح وللامام ان لا يلجئهم اليه بل يركع اذا جاء اوانه وينتقل الى آية اخرى ولو اجاب في الصلوة رجلا بلا اله الا الله فهذا كلام مفسد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يكون مفسدا وهذا الخلاف فيما اذا اراد به جوابه له انه ثناء بصيغته فلا يتغير بعزيمته ولهما انه اخرج الكلام مخرج الجواب وهو يحتمله فيجعل جوابا كالتشميت والاسترجاع على هذا الخلاف في الصحيح وان اراد اعلامه انه في الصلوة لم تفسد بالاجماع لقوله عليه السلام اذا نابت احدكم نائبة في الصلوة فليسبح ومن صلى ركعة من الظهر ثم افتتح العصر او التطوع فقد نقض الظهر لانه صح شروعه في غيره فيخرج عنه ولو افتتح الظهر بعدما صلى منها ركعة فهي هي ويجزي بتلك الركعة لانه نوى الشروع في عين ما هو فيه فلغت نيته وبقي المنوي واذا قرأ الامام من المصحف فسدت صلوته عند ابي حنيفة وقالا هي تامة لانها عبادة انضافت الى عبادة الا انه يكره لانه يشبه بصنيع اهل الكتاب ولابي حنيفة رحمه الله ان حمل المصحف والنظر فيه وتقليب الاوراق عمل كثير ولانه تلقن من المصحف فصار كما اذا تلقن من غيره وعلى هذا لا فرق بين الموضوع والمحمول وعلى الاول يفترقان ولو نظر الى مكتوب وفهمه فالصحيح انه لا تفسد صلوته بالاجماع بخلاف ما اذا حلف ان لا يقرأ كتاب فلان حيث يحنث بالفهم عند محمد رحمه الله لان المقصود هنالك الفهم اما فساد الصلوة فيتعلق بالعمل الكثير وان مرت امرأة بين يدي المصلي لم تقطع الصلوة لقوله عليه السلام لا تقطع الصلوة مرور شيء الا ان المار آثم لقوله عليه السلام لو علم المار بين يدي المصلي ماذا عليه من الوزر لوقف اربعين وانما يأثم اذا مر في موضع سجوده على ما قيل وان لا يكون بينهما حائل ويحاذي اعضاء المار اعضاءه لو كان يصلي على الدكان وينبغي لمن يصلي في الصحراء ان يتخذ امامه سترة لقوله عليه السلام اذا صلى احدكم

في الصحراء فليجعل بين يديه سترة ومقدارها ذراع فصاعدا لقوله عليه السلام ايعجز احدكم اذا صلى في الصحراء ان يكون امامه مثل مؤخرة الرحل وقيل ينبغي ان يكون في غلظ الاصبع لان ما دونه لا يبدو للناظر من بعيد فلا يحصل المقصود ويقرب من السترة لقوله عليه السلام من صلى الى سترة فليدن منها ويجعل السترة على حاجبه الايمن او على الايسر به ورد الاثر وسترة الامام سترة للقوم لانه عليه السلام صلى ببطحاء مكة الى عنزة ولم يكن للقوم سترة ويعتبر الغرز دون الالقاء والخط لان المقصود لا يحصل به ويدرأ المار اذا لم يكن بين يديه سترة او مر بينه وبين السترة لقوله عليه السلام فادرؤا ما استطعتم ويدرأ بالاشارة كما فعل رسول الله عليه السلام بولدي ام سلمة رضي الله عنها او يدفع بالتسبيح لما روينا من قبل ويكره الجمع بينهما لان باحدهما كفاية ويكره للمصلي ان يعبث بثوبه او بجسده لقوله عليه السلام ان الله كره لكم ثلاثا وذكر منها العبث في الصلوة ولان العبث خارج الصلوة حرام فما ظنك في الصلوة ولا يقلب الحصى لانه نوع عبث الا ان لا يمكنه السجود فيسويه مرة لقوله عليه السلام مرة يا ابا ذر والا فذر ولان فيه اصلاح صلوته ولا يفرقع اصابعه لقوله عليه السلام لا تفرقع اصابعك وانت تصلي ولا يتخصر وهو وضع اليد على الخاصرة لانه عليه السلام نهى عن الاختصار في الصلوة ولان فيه ترك الوضع المسنون ولا يلتفت يمينا وشمالا لقوله عليه السلام لو علم المصلي من يناجي ما التفت ولو نظر بمؤخر عينيه يمنة ويسرة من غير ان يلوي عنقه لا يكره لانه عليه السلام كان يلاحظ اصحابه في صلوته بموق عينيه ولا يقعي ولا يفترش ذراعيه لقول ابي ذر رضي الله عنه نهاني خليلي عن ثلث ان انقر نقر الديك وان اقعي اقعاء الكلب وان افترش افتراش الثعلب والاقعاء ان يضع اليتيه على الارض وينصب ركبتيه نصبا هو الصحيح ولا يرد السلام بلسانه لانه كلام ولا بيده لانه سلام معنى حتى لو صافح بنية السلام تفسد صلوته ولا يتربع الا من عذر لان فيه ترك سنة القعود ولا يعقص شعره وهو ان يجمع شعره على هامته ويشده بخيط او بصمغ ليتلبد وقد روي انه عليه السلام نهى ان يصلي الرجل وهو معقوص ولا يكف ثوبه لانه نوع تجبر ولا يسدل ثوبه لانه عليه السلام نهى عن السدل وهو ان يجعل ثوبه على رأسه او كتفيه ثم يرسل اطرافه من جوانبه ولا يأكل ولا يشرب لانه ليس من اعمال الصلوة وان اكل او شرب عامدا او ناسيا فسدت صلوته لانه عمل كثير وحالة الصلوة مذكرة ولا بأس بان يكون مقام الامام في المسجد وسجوده في الطاق ويكره ان يقوم في الطاق وحده لانه يشبه صنيع اهل الكتاب من حيث تخصيص الامام بالمكان بخلاف ما اذا كان سجوده في الطاق ويكره

والفرق بين الصورة والتمثال ان الصورة ما يكون على الثوب والتمثال ما يكون على الجدار

ان يكون الامام وحده على الدكان لما قلنا وكذا على القلب فى ظاهر الرواية لانه ازدراء بالامام ولا بأس بان يصلى على ظهر رجل قاعد يتحدث لان ابن عمر رضى الله عنهما ربما كان يستتر بنافع فى بعض اسفاره ولا بأس بان يصلى على بساط فيه تصاوير لان فيه استهانة بالصورة ولا يسجد على التصاوير لانه يشبه عبادة الصورة واطلق الكراهة فى الاصل لان المصلى معظم ويكره ان يكون فوق رأسه فى السقف او بين يديه او بحذائه تصاوير او صورة معلقة لحديث جبريل انا لا ندخل بيتا فيه كلب او صورة ولو كانت الصورة صغيرة بحيث لا تبدو للناظر لا يكره لان الصغار جدا لا تعبد واذا كان التمثال مقطوع الرأس اى ممحو الرأس فليس بتمثال لانه لا يعبد بدون الرأس وصار كما اذا صلى الى شمع او سراج على ما قالوا ولو كانت الصورة على وسادة ملقاة او على بساط مفروش لا يكره لانها تداس وتوطأ بخلاف ما اذا كانت الوسادة منصوبة او كانت على الستر لانه تعظيم لها واشدها كراهة ان تكون امام المصلى ثم من فوق رأسه ثم على يمينه ثم على شماله ثم خلفه ولو لبس ثوبا فيه تصاوير يكره لانه يشبه حامل الصنم والصلوة جائزة فى جميع ذلك لاستجماع شرائطها وتعاد على وجه غير مكروه وهذا الحكم فى كل صلوة اديت مع الكراهة ولا يكره تمثال غير ذى الروح لانه لا يعبد ولا بأس بقتل الحية والعقرب فى الصلوة لقوله عليه السلام اقتلوا الاسودين ولو كنتم فى الصلوة ولان فيه ازالة الشغل فاشبه درء المار ويستوى جميع انواع الحيات هو الصحيح لاطلاق ما روينا ويكره عد الآى والتسبيحات فى الصلوة باليد وكذا عد السور لان ذلك ليس من اعمال الصلوة وعن ابى يوسف ومحمد رحمهما الله انه لا بأس بذلك فى الفرائض والنوافل جميعا مراعاة لسنة القراءة والعمل بما جاءت به السنة قلنا يمكنه ان يعد ذلك قبل الشروع فيستغنى عن العد بعده

فصل

ويكره استقبال القبلة بالفرج فى الخلاء لانه عليه السلام نهى عن ذلك والاستدبار يكره فى رواية لما فيه من ترك التعظيم ولا يكره فى رواية لان المستدبر فرجه غير مواز للقبلة وما ينحط منه ينحط الى الارض بخلاف المستقبل لان فرجه مواز لها وما ينحط منه ينحط اليها وتكره المجامعة فوق المسجد والبول والتخلى لان سطح المسجد له حكم المسجد حتى يصح الاقتداء منه بمن تحته ولا يبطل الاعتكاف بالصعود اليه ولا يحل للجنب الوقوف عليه ولا بأس بالبول فوق بيت فيه مسجد والمراد ما اعد للصلوة فى البيت لانه لم يأخذ حكم المسجد وان ندبنا اليه ويكره ان يغلق باب المسجد لانه يشبه المنع من الصلوة وقيل لا بأس به اذا خيف على متاع المسجد فى غير اوان الصلوة

ولا بأس بان ينقش المسجد بالجص والساج وماء الذهب وقوله ولا بأس يشير الى انه لا يؤجر عليه لكنه لا يأثم به وقيل هو قربة وهذا اذا فعل من مال نفسه اما المتولى فيفعل من مال الوقف ما يرجع الى احكام البناء دون ما يرجع الى النقش حتى لو فعل يضمن والله اعلم

باب صلوة الوتر

الوتر واجب عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا سنة لظهور آثار السنن فيه حيث لا يكفر جاحده ولا يؤذن له ولابى حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام ان الله زادكم صلوة الا وهى الوتر فصلوها ما بين العشاء الى طلوع الفجر امر وهو للوجوب ولهذا وجب القضاء بالاجماع وانما لا يكفر جاحده لان وجوبه ثبت بالسنة وهو المعنى بما روى عنه انه سنة وهو يؤدى فى وقت العشاء فاكتفى باذانه واقامته قال الوتر ثلث ركعات لا يفصل بينهن بسلام لما روت عائشة رضى الله عنها انه عليه السلام كان يوتر بثلث وحكى الحسن اجماع المسلمين على الثلث وهذا احد قولى الشافعى وفى قول يوتر بتسليمتين وهو قول مالك والحجة عليهما ما روينا ويقنت فى الثالثة قبل الركوع وقال الشافعى بعد الركوع لما روى انه عليه السلام قنت فى آخر الوتر وهو بعد الركوع ولنا ما روى انه عليه السلام قنت قبل الركوع وما زاد على النصف فى حكم الآخر ويقنت فى جميع السنة خلافا للشافعى فى غير النصف الاخير من رمضان لقوله عليه السلام للحسن رضى الله عنه حين علمه دعاء القنوت اجعل هذا فى وترك من غير فصل ويقرأ فى كل ركعة من الوتر فاتحة الكتاب وسورة لقوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن واذا اراد ان يقنت كبر لان الحالة قد اختلفت ورفع يديه وقنت لقوله عليه السلام لا ترفع الايدى الا فى سبعة مواطن وذكر منها القنوت ولا يقنت فى صلوة غيرها خلافا للشافعى رحمه الله فى الفجر لما روى ابن مسعود رضى الله عنه انه عليه السلام قنت فى صلوة الفجر شهرا ثم تركه فان قنت الامام فى صلوة الفجر يسكت من خلفه عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابى يوسف يتابعه لانه تبع لامامه والقنوت مجتهد فيه ولهما انه منسوخ ولا متابعة فيه ثم قيل يقف قائما ليتابعه فيما تجب متابعته وقيل يقعد تحقيقا للمخالفة لان الساكت شريك الداعى والاول اظهر ودلت المسئلة على جواز الاقتداء بالشافعية وعلى المتابعة فى قراءة القنوت فى الوتر واذا علم المقتدى منه ما يزعم به فساد صلوته كالفصد وغيره لا يجزيه الاقتداء به والمختار فى القنوت الاخفاء لانه دعاء

باب النوافل

السنة ركعتان قبل الفجر واربع قبل الظهر وبعدها ركعتان واربع قبل العصر وان شاء ركعتين وركعتان بعد المغرب واربع قبل العشاء واربع بعدها وان شاء ركعتين والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم من ثابر على ثنتى عشرة ركعة فى اليوم والليلة بنى الله له بيتا فى الجنة وفسر على نحو ما ذكر فى الكتاب غير انه لم يذكر الاربع قبل العصر فلهذا سماه حسنا وخيرا

الآثار والافضل هو الاربع ولم يذكر الاربع قبل العشاء ولهذا كان مستحبا لعدم المواظبة وذكر فيه ركعتين بعد
العشاء وفي غيره ذكر الاربع فلهذا خير الا ان الاربع افضل خصوصا عند ابي حنيفة رحمه الله على ما عرف من مذهبه و
الاربع قبل الظهر بتسليمة واحدة عندنا كذا قاله رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه خلاف الشافعي رحمه الله قال
ونوافل النهار ان شاء صلى بتسليمة واحدة ركعتين وان شاء اربعا وتكره الزيادة على ذلك فاما نافلة
الليل قال ابو حنيفة ان صلى ثمان ركعات بتسليمة جاز وفي الجامع الصغير لم يذكر الثماني في صلوة الليل ووجه
الكراهة انه عليه السلام لم يزد على ذلك ولولا الكراهة لزاد تعليما للجواز والافضل في الليل عند ابي يوسف
ومحمد رحمهما الله مثنى مثنى وفي النهار اربع اربع وعند الشافعي فيهما مثنى مثنى وعند ابي حنيفة رحمه الله
فيهما اربع اربع للشافعي قوله عليه السلام صلوة الليل والنهار مثنى مثنى ولهما الاعتبار بالتراويح ولابي حنيفة
انه عليه السلام كان يصلي بعد العشاء اربعا رواه عائشة رضي الله عنها وكان عليه السلام يواظب على الاربع في الضحى
ولانه ادوم تحريمة فيكون اكثر مشقة وازيد فضيلة ولهذا لو نذر ان يصلي اربعا بتسليمة لا يخرج عنه
بتسليمتين وعلى القلب يخرج والتراويح تؤدى بجماعة فيراعى فيها جهة التيسير ومعنى ما رواه شفعا لا وترا

فصل في القراءة

القراءة في الفرض واجبة في الركعتين وقال الشافعي رحمه الله في الركعات كلها لقوله
عليه السلام لا صلوة الا بقراءة وكل ركعة صلوة وقال مالك رحمه الله في ثلث ركعات اقامة للاكثر
مقام الكل تيسيرا ولنا ان الامر بالفعل لا يقتضي التكرار وانما اوجبنا في الثانية استدلالا بالاولى
لانهما تتشاكلان من كل وجه فاما الاخريان فتفارقانها في حق السقوط بالسفر وصفة القراءة وقدرها
فلا يلحقان بهما والصلوة فيما روي مذكورة صريحا فتنصرف الى الكاملة وهي الركعتان عرفا كمن حلف
لا يصلي صلوة بخلاف ما اذا حلف لا يصلي وهو مخير في الاخريين معناه ان شاء سكت وان شاء
سبح وان شاء قرأ كذا روي عن ابي حنيفة وهو المأثور عن علي وابن مسعود وعائشة رضوان الله تعالى
عليهم اجمعين الا ان الافضل ان يقرأ لانه داوم على ذلك ولهذا لا يجب السهو بتركها في ظاهر الرواية
والقراءة واجبة في جميع ركعات النفل وفي جميع الوتر اما النفل فلان كل شفع منه صلوة على حدة
والقيام الى الثالثة كتحريمة مبتدأة ولهذا لا يجب بالتحريمة الاولى الا ركعتان في المشهور عن اصحابنا رحمهم الله
ولهذا قالوا يستفتح في الثالثة واما الوتر فللاحتياط قال ومن شرع في نافلة ثم افسدها قضاها
وقال الشافعي رحمه الله لا قضاء عليه لانه متبرع فيه ولا لزوم على المتبرع ولنا ان المؤدى وقع قربة فيلزمه
الاتمام ضرورة صيانته عن البطلان وان صلى اربعا وقرأ في الاوليين وقعد ثم افسد
الاخريين قضى ركعتين لان الشفع الاول قد تم والقيام الى الثالثة بمنزلة تحريمة مبتدأة فيكون ملزما

هذا اذا افسد الاخريين بعد الشروع فيهما ولو افسد قبل الشروع في الشفع الثاني لا يقضي الاخريين
وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقضي اعتبارا للشروع بالنذر ولهما ان الشروع يلزم ما شرع فيه وما لا صحة له
الا به وصحة الشفع الاول لا تتعلق بالثاني بخلاف الركعة الثانية وعلى هذا سنة الظهر لانها نافلة و
قيل يقضي اربعا احتياطا لانها بمنزلة صلوة واحدة وان صلى اربعا ولم يقرأ فيهن شيئا اعاد ركعتين
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف يقضي اربعا وهذه المسئلة على ثمانية اوجه والاصل
ان عند محمد رحمه الله ترك القراءة في الاوليين او في احديهما يوجب بطلان التحريمة وانما يوجب فساد الاداء
لان القراءة ركن زائد الا ترى ان للصلوة وجودا بدونها غير انه لا صحة للاداء الا بها وفساد الاداء
لا يزيد على تركه فلا يبطل التحريمة وعند ابي حنيفة رحمه الله ترك القراءة في الاوليين يوجب بطلان التحريمة لان كل
شفع من التطوع صلوة على حدة وفسادها بترك القراءة في ركعة واحدة مجتهد فيه فقضينا بالفساد
في حق وجوب القضاء وحكمنا ببقاء التحريمة في حق لزوم الشفع الثاني احتياطا اذا ثبت هذا نقول
اذا لم يقرأ في الكل قضى ركعتين عندهما لان التحريمة قد بطلت بترك القراءة في الشفع الاول عندهما
فلم يصح الشروع في الثاني وبقيت عند ابي يوسف رحمه الله فصح الشروع في الشفع الثاني
ثم فسد الكل بترك القراءة فيه فعليه قضاء الاربع عنده ولو قرأ في الاوليين لا غير
فعليه قضاء الاخريين بالاجماع لان التحريمة لم تبطل فصح الشروع في الشفع
الثاني ثم فساده بترك القراءة لا يوجب فساد الشفع الاول ولو قرأ في الاخريين
لا غير فعليه قضاء الاوليين بالاجماع لان عندهما لم يصح الشروع في الثاني وعند ابي يوسف
ان صح فقد اداها ولو قرأ في الاوليين واحدى الاخريين فعليه قضاء الاخريين بالاجماع
ولو قرأ في الاخريين واحدى الاوليين فعليه قضاء الاوليين بالاجماع ولو قرأ في احدى الاوليين
والاحدى الاخريين على قول ابي يوسف عليه قضاء الاربع وكذا عند الاعظم رحمه لان التحريمة باقية
وعند محمد رحمه الله عليه قضاء الاوليين لان التحريمة قد ارتفعت عنده وقد انكر ابو يوسف
هذه الرواية عليه وقال رويت لك عن الامام الاعظم انه يلزمه قضاء ركعتين ومحمد
لم يرجع عن روايته عنه ولو قرأ في احدى الاوليين لا غير قضى اربعا عندهما وعند محمد ركعتين
ولو قرأ في احدى الاخريين لا غير قضى اربعا عند ابي يوسف رحمه الله وعندهما ركعتين
قال وتفسير قوله عليه السلام لا يصلي بعد صلوة مثلها يعني ركعتين بقراءة وركعتين بغير قراءة فيكون بيان
فرضية القراءة في ركعات النفل كلها ويصلي النافلة قاعدا مع القدرة على القيام لقوله عليه السلام

قوله ومن كان خارج المصر يتنفل على دابته وهل يشترط التوجه الى القبلة عند ابتداء الصلوة لا يشترط عندنا وعند ابن فورك يشترط ذلك ولو افتتح التطوع الى آخره وهذا يشكل على قول محمد فان عنده التحريمة المنعقدة للقعود لا يكون منعقدة للقيام حتى ان المريض اذا قدر على القيام في وسط الصلوة فسدت صلوته عنده ومع ذلك جوز ههنا الا ان يثبت بالحديث وهو ان النبي عم كان يفتتح التطوع قاعدا فيقرأ ورده حتى اذا بقي عشر آيات ونحوها قام فاتم قائما قرائته ثم ركع وسجد وهكذا يفعل في الركعة الثانية فقد انتقل من القعود الى القيام او لان المريض ما كان قادرا على القيام وقت الشروع في الصلوة من القعود الى القيام فما انعقد تحريمته للقيام واما في التطوع كان قادرا على القيام فانعقد تحريمته للقيام كذا في المبسوط من حاشية جمال الدين

صلوة القاعد على النصف من صلوة القائم ولان الصلوة خير موضوع وربما يشق عليه القيام
فيجوز له تركه كيلا ينقطع عنه واختلفوا في كيفية القعود والمختار ان يقعد كما يقعد في حالة
التشهد لانه عهد مشروعا في الصلوة وان افتتحها قائما ثم قعد من غير عذر
جاز عند ابي حنيفة رحمه الله وهذا استحسان وعندهما لا يجزيه وهو قياس لان الشروع معتبر بالنذر
وله انه لم يباشر القيام فيما بقي ولما باشر صح بدونه بخلاف النذر لانه التزمه نصا حتى لو لم ينص
على القيام لا يلزمه القيام عند بعض المشايخ ومن كان خارج المصر يتنفل على دابته الى اي جهة توجهت
يومي ايماء لحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي على حمار وهو متوجه الى
خيبر يومي ايماء ولان النوافل غير مختصة بوقت فلو الزمناه النزول والاستقبال ينقطع عنه النافلة
او ينقطع هو عن القافلة اما الفرائض فمختصة بوقت والسنن الرواتب نوافل وعن ابي حنيفة
رحمه الله انه ينزل لسنة الفجر لانها آكد من سائرها والتقييد بخارج المصر ينفي اشتراط السفر والجواز في المصر وعن
ابي يوسف انه يجوز في المصر ايضا ووجه الظاهر ان النص ورد خارج المصر والحاجة الى الركوب فيه اغلب
وان افتتح التطوع راكبا ثم نزل يبني وان صلى ركعة نازلا ثم ركب استقبل لان احرام الراكب انعقد
مجوزا للركوع والسجود لقدرته على النزول فاذا اتى بهما صح واحرام النازل انعقد لوجوب الركوع والسجود
فلا يقدر على ترك ما لزمه من غير عذر وعن ابي يوسف رحمه الله انه يستقبل اذا نزل ايضا وكذا عن محمد
رحمه الله اذا نزل بعد ما صلى ركعة والاصح هو الظاهر

فصل في قيام رمضان

يستحب ان يجتمع
الناس في شهر رمضان بعد العشاء فيصلي بهم امامهم خمس ترويحات كل ترويحة بتسليمتين ويجلس بين كل ترويحتين
مقدار ترويحة ثم يوتر بهم ذكر لفظ الاستحباب والاصح انها سنة كذا روى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله لانه
واظب عليها الخلفاء الراشدون والنبي عليه الصلوة والسلام بين العذر في ترك المواظبة وهو خشية ان
تكتب علينا والسنة فيها الجماعة لكن على وجه الكفاية حتى لو امتنع اهل المسجد عن اقامتها كانوا مسيئين
ولو اقامها البعض فالمتخلف عن الجماعة تارك للفضيلة لان افراد الصحابة يروى عنهم التخلف والمستحب في الجلوس
بين الترويحتين مقدار الترويحة وكذا بين الخامسة وبين الوتر لعادة اهل الحرمين واستحسن البعض الاستراحة
على خمس تسليمات وليس بصحيح وقوله ثم يوتر بهم يشير الى ان وقتها بعد العشاء قبل الوتر وبه قال عامة المشايخ والاصح
ان وقتها بعد العشاء الى آخر الليل قبل الوتر وبعده لانها نوافل سنت بعد العشاء ولم يذكر قدر القراءة
واكثر المشايخ على ان السنة فيها الختم مرة فلا يترك لكسل القوم بخلاف ما بعد التشهد من
الدعوات حيث يتركها لانها ليست بسنة ولا يصلي الوتر بجماعة في غير شهر رمضان وعليه اجماع المسلمين

باب

باب ادراك الفريضة

ومن صلى ركعة من الظهر ثم اقيمت يصلي اخرى صيانة للمؤدى عن
البطلان ثم يدخل مع القوم احرازا لفضيلة الجماعة وان لم يقيد الاولى بالسجدة يقطع ويشرع
مع الامام هو الصحيح لانه بمحل الرفض والقطع للاكمال بخلاف ما اذا كان في النفل لانه ليس للاكمال ولو
كان في السنة قبل الظهر او الجمعة فاقيم او خطب يقطع على راس الركعتين يروى ذلك عن ابي يوسف رحمه الله
وقد قيل يتمها وان كان قد صلى ثلثا من الظهر يتمها لان للاكثر حكم الكل فلا يحتمل النقض بخلاف
ما اذا كان في الثالثة بعد ولم يقيدها بالسجدة حيث يقطعها لانه بمحل الرفض ويتخير ان شاء عاد
وقعد وسلم وان شاء كبر قائما ينوي الدخول في صلوة الامام واذا اتمها يدخل مع القوم والذي
يصلي معهم نافلة لان الفرض لا يتكرر في وقت واحد وان صلى من الفجر ركعة ثم اقيمت يقطع ويدخل معهم
لانه لو اضاف اليها اخرى تفوته الجماعة وكذا اذا قام الى الثانية قبل ان يقيدها بالسجدة وبعد الاتمام
لا يشرع في صلوة الامام لكراهة التنفل وكذا بعد العصر لما قلنا وكذا بعد المغرب في ظاهر الرواية لان التنفل
بالثلاث مكروه وفي جعلها اربعا مخالفة امامه ومن دخل مسجدا قد اذن فيه يكره له ان يخرج حتى يصلي لقوله
لا يخرج من المسجد بعد النداء الا منافق او رجل يخرج لحاجة قال الا اذا كان ينتظم به امر جماعة لانه ترك صورة
تكميل معنى وان كان قد صلى وكانت الظهر او العشاء فلا باس بان يخرج لانه
اجاب داعي الله مرة الا اذا اخذ المؤذن في الاقامة لانه يتهم بمخالفة الجماعة عيانا وان كانت العصر او
المغرب او الفجر خرج وان اخذ فيها لكراهة التنفل بعدها ومن انتهى الى الامام في صلوة الفجر وهو لم يصل
ركعتي الفجر ان خشي ان تفوته ركعة ويدرك الاخرى يصلي ركعتي الفجر عند باب المسجد ثم يدخل لانه امكنه الجمع
بين الفضيلتين وان خشي فوتهما دخل مع الامام لان ثواب الجماعة افضل والوعيد بالترك الزم
بخلاف سنة الظهر حيث يتركها في الحالين لانه يمكنه اداؤها في الوقت بعد الفرض هو الصحيح وانما الخلاف
بين ابي يوسف ومحمد ان شاء الله تعالى والتقييد بالاداء عند باب المسجد يدل على الكراهة في المسجد اذا كان
الامام في الصلوة والافضل في عامة السنن والنوافل المنزل هو المروي عن فعل النبي عليه السلام قال واذا
فاتته ركعتا الفجر لا يقضيهما قبل طلوع الشمس لانه يبقى نفلا مطلقا وهو مكروه بعد الصبح قال ولا بعد ارتفاعها
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله احب الي ان يقضيهما الى وقت الزوال
لانه عليه السلام قضاهما بعد ارتفاع الشمس غداة ليلة التعريس ولهما ان الاصل في السنة ان لا تقضى لاختصاص
القضاء بالواجب والحديث ورد في قضائهما تبعا للفرض فبقي ما وراءه على الاصل ثم انما تقضى تبعا له وهو يصلي
بالجماعة او وحده الى وقت الزوال وفيما بعده اختلاف المشايخ واما سائر السنن سواها فلا تقضى

بعد الوقت وحدها واختلف المشايخ في قضائها تبعا للفرض ومن ادرك من الظهر ركعة ولم يدرك
الثلاث فانه لم يصل الظهر في جماعة وقال محمد رحمه الله قد ادرك فضل الجماعة لان من ادرك
آخر الشيء فقد ادركه فصار محرزا ثواب الجماعة لكنه لم يصلها بالجماعة حقيقة ولهذا يحنث به في يمينه لا يدرك
لا يصلي الظهر بالجماعة ولا يحنث في يمينه لا يصلي الظهر بالجماعة ومن اتى مسجدا قد صلي فيه فلا باس بان يتطوع
قبل المكتوبة ما بدا له ما دام في الوقت ومراده اذا كان في الوقت سعة وان كان فيه ضيق تركه قيل هذا في غير
سنة الفجر والظهر لان لهما زيادة مزية قال عليه السلام في سنة الفجر صلوها وان طردتكم الخيل وقال في الاخرى من
ترك الاربع قبل الظهر لم تنله شفاعتي وقيل هذا في الجميع لانه عم واظب عليها عند اداء المكتوبات ولا سنة دون
المواظبة والاولى ان لا يتركها في الاحوال كلها لكونها مكملات للفرائض الا اذا خاف فوت الوقت ومن
انتهى الى الامام في ركوعه فكبر ووقف حتى رفع الامام رأسه من الركوع لا يصير مدركا لتلك الركعة خلافا لزفر
رحمه الله هو يقول ادرك الامام فيما له حكم القيام ولنا ان الشرط هو المشاركة في افعال الصلوة ولم يوجد
لا في القيام ولا في الركوع ولو ركع المقتدي قبل امامه فادركه الامام فيه جاز وقال زفر رحمه الله لا يجزيه لان ما
اتى به قبل الامام غير معتد به فكذا ما يبنيه عليه ولنا ان الشرط هو المشاركة في جزء واحد كما في الطرف الاول
لان البناء على الفاسد فاسد
والله اعلم بالصواب

باب قضاء الفوائت

ومن فاتته صلوة قضاها اذا ذكرها وقدمها على فرض الوقت
والاصل ان الترتيب بين الفوائت وفرض الوقت عندنا مستحق وعند الشافعي مستحب لان كل فرض اصل
بنفسه فلا يكون شرطا لغيره ولنا قوله عم من نام عن صلوة او نسيها فلم يذكرها الا وهو مع الامام فليصل
التي هو فيها ثم ليصل التي ذكرها ثم ليعد التي صلى مع الامام ولو خاف فوت الوقت يقدم الوقتية ثم يقضيها
لان الترتيب يسقط بضيق الوقت وكذا بالنسيان وكثرة الفوائت كيلا يؤدي الى تفويت الوقتية ولو قدم
الفائتة جاز لان النهي عن تقديمها لمعنى في غيرها بخلاف ما اذا كان في الوقت سعة وقدم الوقتية حيث لا يجوز
لانه اداها قبل وقتها الثابت بالحديث ولو فاتته صلوات رتبها في القضاء كما وجبت في الاصل
لان النبي عم شغل عن اربع صلوات يوم الخندق فقضاهن مرتبا ثم قال صلوا كما رأيتموني اصلي
الا ان تزيد الفوائت على ست صلوات لان الفوائت قد كثرت فيسقط الترتيب فيما بين الفوائت
نفسها كما يسقط بينها وبين الوقتية وحد الكثرة ان تصير الفوائت ستا بخروج وقت الصلوة
السادسة وهو المراد بالمذكور في الجامع الصغير وهو قوله وان فاتته اكثر من صلوة يوم وليلة
اجزأته التي بدأ بها لانه اذا زاد على يوم وليلة تصير ستا وعن محمد رحمه الله انه اعتبر دخول وقت
السادسة والاول هو الصحيح لان الكثرة بالدخول في حد التكرار وذلك في الاول ولو اجتمعت الفوائت

فصل

القديمة والحديثة تجوز الوقتية مع تذكر الحديثة لكثرة الفوائت وقيل لا تجوز ويجعل الماضي كان لم يكن
زجرا عن التهاون ولو قضى بعض الفوائت حتى قل ما بقي عاد الترتيب عند البعض وهو الاظهر
فانه روي عن محمد رحمه الله فيمن ترك صلوة يوم وليلة وجعل يقضي من الغد مع كل وقتية فائتة فالفوائت
جائزة على كل حال والوقتيات فاسدة ان قدمها لدخول الفوائت في حد القلة وان اخرها فكذلك
الا العشاء الاخيرة لانه لا فائتة عليه في ظنه حال ادائها ومن صلى العصر وهو ذاكر انه لم يصل
الظهر فهي فاسدة الا اذا كان في آخر الوقت وهي مسئلة الترتيب واذا فسدت الفرضية
لا يبطل اصل الصلوة عند ابي حنيفة رضي الله عنه وابي يوسف رحمه الله وعند محمد يبطل لان التحريمة
عقدت للفرض فاذا بطلت الفرضية بطلت التحريمة ولهما انها عقدت لاصل الصلوة بوصف
الفرضية فلم يكن من ضرورة بطلان الوصف بطلان الاصل ثم العصر يفسد فسادا موقوفا حتى لو صلى
ست صلوات ولم يعد الظهر انقلب الكل جائزا وهذا عند ابي حنيفة وعندهما يفسد فسادا باتا
لا جواز له بحال وقد عرف ذلك في موضعه ولو صلى الفجر وهو ذاكر انه لم يوتر فهي فاسدة عند ابي حنيفة
خلافا لهما وهذا بناء على ان الوتر واجب عنده سنة عندهما ولا ترتيب فيما بين الفرائض والسنن
وعلى هذا اذا صلى العشاء ثم توضأ وصلى السنة والوتر ثم تبين انه صلى العشاء بغير طهارة
فعنده يعيد العشاء والسنة دون الوتر وعندهما يعيد الوتر لكونه تبعا للعشاء والله الموفق للصواب

باب سجود السهو

يسجد للسهو للزيادة والنقصان سجدتين بعد السلام ثم يتشهد ثم يسلم وعند
الشافعي يسجد قبل السلام لما روي انه عم سجد للسهو قبل السلام ولنا قوله عليه السلام لكل سهو
سجدتان بعد السلام وروي انه عليه السلام سجد سجدتي السهو بعد السلام فتعارضت روايتا فعله
فبقي التمسك بقوله سالما ولان سجود السهو مما لا يتكرر فيؤخر عن السلام حتى لو سها عن السلام ينجبر
به وهذا الخلاف في الاولوية ويأتي بتسليمتين هو الصحيح صرفا للسلام المذكور الى ما هو المعهود
ويأتي بالصلوة على النبي عم والدعاء في قعدة السهو هو الصحيح لان الدعاء موضعه آخر
الصلوة قال ويلزمه السهو اذا زاد في صلوته فعلا من جنسها ليس منها وهذا يدل على ان سجدة
السهو واجبة وهو الصحيح لانها تجب لجبر نقصان تمكن في العبادة فتكون واجبة كالدماء في الحج
واذا كان واجبا لا يجب الا بترك واجب او تأخيره او تأخير ركن او ترك واجب قال ويلزمه اذا ترك
فعلا مسنونا كانه اراد به فعلا واجبا الا انه اراد بتسميته سنة ان وجوبه بالسنة قال
او ترك قراءة الفاتحة لانها واجبة او القنوت او التشهد او تكبيرات العيدين لانها واجبات

فانه عليه السلام واظب عليها من غير تركها مرة وهي امارة الوجوب ولا حاجة على اعتبار
عدم العود ويظهر الاختلاف في هذا وفي انتقاض الطهارة بالقهقهة وتغير الفرض بنية الاقامة
في هذه الحالة ومن سلم يريد قطع الصلوة وعليه سهو فعليه ان يسجد لسهوه لان
هذا السلام غير قاطع ونيته تغيير المشروع فلغت ومن شك في صلوته فلم يدر
اثلاثا صلى ام اربعا وذلك اول ما عرض له استانف لقوله عليه السلام اذا شك احدكم
في صلوته انه كم صلى فليستقبل القبلة وان كان يعرض له كثيرا بنى على اكثر رأيه لقوله عليه السلام
من شك في صلوته فليتحر الصواب وان لم يكن له رأي بنى على اليقين لقوله عليه السلام من شك
في صلوته فلم يدر اثلاثا صلى ام اربعا بنى على الاقل ولانها تضاف الى جميع الصلوة فدل انها
انها من خصائصها وذلك بالوجوب ثم ذكر التشهد يحتمل القعدة الاولى والثانية والقراءة
فيها وكل ذلك واجب وفيها سجدة هو الصحيح ولو جهر الامام فيما يخافت او خافت فيما يجهر تلزمه سجدة السهو
لان الجهر فيما يخافت في موضعه والمخافتة في موضعه من الواجبات واختلفت الروايات في المقدار والاصح
قدر ما تجوز به الصلوة في الفصلين لان اليسير من الجهر والاخفاء لا يمكن الاحتراز عنه والكثير يمكن وما تصح
به الصلوة كثير غير ان ذلك عنده آية واحدة وعندهما ثلاث آيات وهذا في الامام دون المنفرد لان
الجهر والمخافتة من خصائص الجماعة قال وسهو الامام يوجب على المؤتم السجود لتقرر السبب الموجب في حق الاصل
ولهذا يلزمه حكم الاقامة بنية الامام فان لم يسجد الامام لم يسجد المؤتم لانه يصير مخالفا لامامه ولو
تابعه الامام ينقلب الاصل تبعا ومن سهى عن القعدة الاولى ثم تذكر وهو الى حالة القعود اقرب
عاد وقعد وتشهد لان ما يقرب الى الشيء يأخذ حكمه ثم قيل يسجد للسهو للتاخير والاصح انه لا يسجد
كما اذا لم يقم ولو كان الى القيام اقرب لم يعد لانه كالقائم معنى ويسجد للسهو لانه ترك الواجب وان سهى
عن القعدة الاخيرة حتى قام الى الخامسة رجع الى القعدة ما لم يسجد لان فيه اصلاح صلوته وامكنه ذلك
لان ما دون الركعة بمحل الرفض قال والغى الخامسة لانه رجع الى شيء محله قبله فيرتفض ويسجد
للسهو لانه اخر واجبا وان قيد الخامسة بسجدة بطل فرضه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله
لانه استحكم شروعه في النافلة قبل اكمال اركان المكتوبة ومن ضرورته خروجه عن الفرض وهذا لان
الركعة بسجدة واحدة صلوة حقيقة حتى يحنث بها في يمينه لا يصلي وتحولت صلوته نفلا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله خلافا لمحمد على ما مر فيضم اليها ركعة سادسة ولو لم يضم لا شيء عليه لانه مظنون
ثم انما يبطل فرضه بوضع الجبهة عند ابي يوسف رحمه الله لانه سجود كامل وعند محمد برفعه لان

قوله عاد الى القعدة انما يعود مع انه لو لم يعد فسد فانما حكم ببطلان فرضه ليأتي بالسلام في موضعه لانه لم يشرع
حال القيام ولهذا يتبعه القوم في هذا القيام قبل ان يعود فان عاد عادوا واتبعوه وان مضى في النافلة فلا يتبعوه والصحيح
ما ذكره البلخي عن علمائنا لا يتبعونه في البدعة وينتظرونه فان عاد عادوا قبل السجدة يتبعوه في السلام وان
سجد سلموا في الحال ولا يخفى عدم متابعتهم له فيما اذا قام قبل القعدة واذا عاد لا يعيد التشهد
م ابن الهمام

لان تمام الشيء بآخره وهو الرفع ولم يصح مع الحدث وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا سبقه الحدث في السجود
بني عند محمد رحمه الله خلافا لابي يوسف ولو قعد في الرابعة ثم قام ولم يسلم عاد الى القعدة ما لم يسجد
للخامسة وسلم لان التسليم في حالة القيام غير مشروع وامكنه الاقامة على وجهه بالقعود لان
ما دون الركعة بمحل الرفض وان قيد الخامسة بالسجدة ثم تذكر ضم اليها ركعة اخرى وتم فرضه لان الباقي
اصابة لفظة السلام وهي واجبة وانما يضم اليها اخرى لتصير الركعتان نفلا لان الركعة الواحدة
لا تجزيه لنهيه عليه الصلوة والسلام عن البتيراء ثم لا تنوبان عن سنة الظهر هو الصحيح لان المواظبة
عليها بتحريمة مبتدأة ويسجد للسهو استحسانا لتمكن النقصان في الفرض بالخروج لا على وجه السنة
وفي النفل بالدخول لا على وجه المسنون ولو قطعها لم يلزمه القضاء لانه مظنون ولو اقتدى به انسان فيهما
يصلي ستا عند محمد لانه المؤدى بهذه التحريمة وعندهما ركعتين لانه استحكم خروجه عن الفرض ولو افسده
المقتدي لا قضاء عليه عند محمد رحمه الله اعتبارا بالامام وعند ابي يوسف رحمه الله يقضي ركعتين لان السقوط
لعارض يخص الامام قال ومن صلى ركعتين تطوعا فسها فيهما وسجد للسهو ثم اراد ان
يصلي اخريين لم يبن لان السجود يبطل لوقوعه في وسط الصلوة بخلاف المسافر اذا سجد للسهو ثم نوى الاقامة
لانه لو لم يبن يبطل جميع الصلوة ومع هذا لو ادى صح لبقاء التحريمة ومن سلم وعليه سجدتا السهو
بعد التسليم فدخل رجل في صلوته بعد التسليم فان سجد الامام كان داخلا والا فلا وهذا عند ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله هو داخل سجد الامام او لم يسجد لان عنده سلام من عليه السهو
لا يخرجه عن الصلوة اصلا لانها وجبت جبرا للنقصان فلا بد ان يكون في احرام الصلوة وعندهما يخرجه
على سبيل التوقف لانه محلل في نفسه وانما لا يعمل لحاجته الى اداء السجدة فلا يظهر دونها ولا حاجة
على اعتبار عدم العود ويظهر الاختلاف في هذا وفي انتقاض الطهارة بالقهقهة وتغير الفرض بنية
الاقامة في هذه الحالة ومن سلم يريد قطع الصلوة وعليه سهو فعليه ان يسجد لسهوه لان هذا
السلام غير قاطع ونيته تغيير المشروع فلغت ومن شك في صلوته فلم يدر اثلاثا صلى ام اربعا
وذلك اول ما عرض له استانف لقوله عليه السلام اذا شك احدكم انه كم صلى فليستقبل الصلوة
وان كان يعرض له كثيرا بنى على اكثر رأيه لقوله عليه السلام من شك في صلوته فليتحر الصواب وان لم يكن له
رأي بنى على اليقين لقوله عليه السلام من شك في صلوته فلم يدر اثلاثا صلى ام اربعا بنى على الاقل والاستقبال
بالسلام اولى لانه عرف محللا دون الكلام ومجرد النية تلغو وعند البناء على الاقل يقعد في كل موضع
يتوهم آخر صلوته كيلا يصير تاركا فرض القعدة

باب صلوة المريض

واذا عجز المريض عن القيام صلى قاعدا

اما اذا قدر على القيام متكئا قال شمس الائمة الحلواني الصحيح انه يصلي قائما متكئا ولا يجزيه غير ذلك وكذلك لو قدر على ان يعتمد على عصا او كان له خادم لو اتكأ عليه يقدر على القيام فانه يقوم ويتكئ خصوصا على قول ابي يوسف ومحمد فان عندهما قدرته على الوضوء بغيره كقدرته بنفسه فكذا بغيره نهاية

يركع ويسجد لقوله عليه السلام لعمران بن حصين رضي الله عنه صلّ قائما فان لم تستطع فقاعدا فان لم تستطع فعلى
الجنب تومي ايماء ولان الطاعة بحسب الطاقة قال فان لم يستطع الركوع والسجود اومى ايماء يعني قاعدا
لانه وسع مثله وجعل سجوده اخفض من ركوعه لانه قائم مقامهما فاخذ حكمهما ولا يرفع الى وجهه شيئا يسجد عليه
لقوله عليه السلام ان قدرت ان تسجد على الارض فاسجد والا فاوم برأسك فان فعل ذلك وهو يخفض
رأسه اجزاه لوجود الايماء وان وضع ذلك على جبهته لا يجزيه لانعدامه وان لم يستطع القعود
استلقى على ظهره وجعل رجليه الى القبلة واومى بالركوع والسجود لقوله عليه السلام يصلي المريض قائما فان لم
يستطع فقاعدا فان لم يستطع فعلى قفاه يومي ايماء فان لم يستطع فالله تعالى احق بقبول العذر
منه وان لم يستطع على قفاه اومى ايماء فان لم يستطع استلقى على جنبه ووجهه الى القبلة جاز لما روينا
من قبل الا ان الاولى هو الاول عندنا خلافا للشافعي رحمه الله فان لم يستطع الايماء برأسه اخرت عنه و
لا يومي بعينه ولا بقلبه ولا بحاجبه خلافا لزفر لما روينا من قبل ولان نصب الابدال بالرأي ممتنع
ولا قياس على الرأس لانه يتأدى به ركن الصلاة دون العين واختيه وقوله اخرت عنه اشارة الى
انه لا يسقط الصلاة وان كان العجز اكثر من يوم وليلة اذا كان مفيقا هو الصحيح لانه يفهم مضمون الخطاب بخلاف
المغمى عليه وان قدر على القيام ولم يقدر على الركوع والسجود لم يلزمه القيام ويصلي قاعدا يومي ايماء لان
ركنية القيام للتوسل به الى السجدة لما فيها من نهاية التعظيم فاذا كان لا يتعقبه السجود لا يكون ركنا فيتخير والافضل
هو الايماء قاعدا لانه اشبه بالسجود وان صلى الصحيح بعض صلاته قائما ثم حدث به مرض اتمها قاعدا
يركع ويسجد او يومي ان لم يقدر او مستلقيا ان لم يقدر لانه بنى الادنى على الاعلى فصار كالاقتداء
ومن صلى قاعدا يركع ويسجد لمرض ثم صح بنى على صلاته قائما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رحمه الله استقبل بناء على اختلافهم في الاقتداء وقد تقدم بيانه وان صلى بعض صلاته بايماء
ثم قدر على الركوع والسجود استأنف بالاتفاق لانه لا يجوز اقتداء الراكع بالمومي فكذا البناء ومن
افتتح التطوع قائما ثم اعيا لا بأس بان يتوكأ على عصا او على حائط او يقعد لان هذا عذر وان
كان الاتكاء بغير عذر يكره لانه اساءة في الادب وقيل لا يكره عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لو
قعد عنده يجوز من غير عذر فكذا لا يكره الاتكاء وعندهما يكره لانه لا يجوز القعود عندهما فيكره الاتكاء
وان قعد بغير عذر يكره بالاتفاق وتجوز الصلاة عنده ولا تجوز عندهما وقد مرّ في باب النوافل
ومن صلى في السفينة قاعدا من غير علة اجزاه عند ابي حنيفة رحمه الله والقيام افضل وقالا لا يجزيه
الا من عذر لان القيام مقدور عليه فلا يترك وله ان الغالب فيها دوران الرأس فصار

كالمتحقق

ولو كانت على قرار الارض فصلى قاعدا لا يجوز لانها اذا استقرت على الارض ... ويمكنه الخروج لم تجز الصلوة فيها لانها اذا لم تستقر فهي كالدابة انتهى كلامه ... حينئذ كالسرير ابن الهمام الحاصل

كالمتحقق الا ان القيام افضل لانه ابعد عن شبهة الخلاف والخروج افضل ان امكنه لانه اسكن لقلبه والخلاف
في غير المربوطة والمربوطة كالشط هو الصحيح ومن اغمي عليه خمس صلوات او دونها قضى وان كان اكثر من ذلك
لم يقض وهذا استحسان والقياس ان لا قضاء عليه اذا استوعب الاغماء وقت صلاة كاملا لتحقق العجز
فاشبه الجنون وجه الاستحسان ان المدة اذا طالت كثرت الفوائت فيحرج في الاداء واذا قصرت قلّت فلا حرج والكثير
ان يزيد على يوم وليلة لانه يدخل في حد التكرار والجنون كالاغماء كذا ذكره ابو سليمان بخلاف النوم لان امتداده
نادر فيلحق بالقاصر ثم الزيادة تعتبر من حيث الاوقات عند محمد لان التكرار يتحقق به وعندهما من حيث الساعات
هو المأثور عن علي بن ابي طالب وابن عمر رضوان الله تعالى عليهم اجمعين والله اعلم

باب في سجود التلاوة

سجود التلاوة في القرآن اربعة عشر منها في آخر الاعراف وفي الرعد والنحل وبني اسرائيل ومريم والحج والفرقان والنمل والم
تنزيل وص وحم السجدة والنجم والانشقاق واقرأ كذا كتب في مصحف عثمان رضي الله عنه وهو المعتمد والسجدة الثانية
في الحج للصلاة وموضع السجدة في حم عند قوله لا يسأمون في قول عمر رضي الله عنه وهو المأخوذ للاحتياط
والسجدة واجبة في هذه المواضع على التالي والسامع سواء قصد سماع القرآن او لم يقصد لقوله عليه السلام
السجدة على من سمعها السجدة على من تلاها وهي كلمة ايجاب وهو غير مقيد بالقصد قال واذا تلا الامام
آية السجدة سجدها وسجدها المأموم معه لالتزامه متابعته واذا تلا المأموم لم يسجد الامام ولا المأموم
في الصلاة ولا بعد الفراغ عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يسجدونها اذا فرغوا
لان السبب قد تقرر ولا مانع بخلاف حالة الصلاة لانه يؤدي الى خلاف موضوع الامامة او التلاوة
ولهما ان المقتدي محجور عن القراءة لنفاذ تصرف الامام عليه وتصرف المحجور لا حكم له بخلاف الجنب والحائض
لانهما منهيان الا انه لا يجب على الحائض بتلاوتها كما لا يجب بسماعها لانعدام اهلية الصلاة بخلاف
الجنب ولو سمعها رجل خارج الصلاة سجدها هو الصحيح لان الحجر ثبت في حقهم فلا يعدوهم وان
سمعوا وهم في الصلاة من رجل ليس معهم في الصلاة لم يسجدوها في الصلاة لانها ليست بصلاتية
لان سماعهم هذه السجدة ليس من افعال الصلاة وسجدوها بعدها لتحقق سببها ولو سجدوها في الصلاة
لم يجزهم لانه ناقص لمكان النهي فلا يتأدى به الكامل واعادوها لتقرر سببها ولم يعيدوا الصلاة
لان مجرد السجدة لا ينافي احرام الصلاة وفي النوادر انها تفسد لانهم زادوا فيها ما ليس منها قيل
هو قول محمد رحمه الله فان قرأها الامام وسمعها رجل ليس معه في الصلاة فدخل معه بعد ما سجدها
الامام لم يكن عليه ان يسجدها لانه صار مدركا لها بادراك
الركعة وان دخل معه قبل ان يسجدها سجدها معه لانه لو لم يسمعها سجدها معه فههنا اولى وان لم يدخل
معه سجدها لتحقق السبب وكل سجدة وجبت في الصلاة فلم يسجدها فيها لم تقض خارج الصلاة

ولهاخريته اي للصلوتية قربة لتأديتها في حرمة الصلوة فوجوبها في احرام الصلوة المستلزم للتأدية ما وجب كاملا ناقصا اي لا تؤدى خارج الصلوة لان تأدية الكامل ناقصا فاسد هو علة عدم قضائها خارجها بالتحقيق لا بمجرد تسميتها صلوتية وينتفي جواز تاخيرها من ركعة الى ركعة بعد ان لا تخلى الصلوة عنها وقد يستأنس له بما قدمناه في سجود السهو من انه اذا تذكر سجدة التلاوة في ركعة ... ثم انه لو اخرها بعد التذكر الى آخر الصلوة اجزأه لان الصلوة واحدة لا يستلزم جواز التأخير المراد ... انه الصلوة كما صرح في البدائع بانها واجبة على الفور في فصل بيان وقت ادائها وانه اذا اخرها حتى طالت التلاوة ... قضاء ويأثم لان الصلوة والسجدة صارت من افعال الصلوة ملحقة بعض التلاوة لا ان التمام

لانها صلوتية ولها مزية الصلوة فلا يتأدى بالناقص ومن تلا سجدة فلم يسجدها حتى دخل في صلوة فاعادها وسجد اجزأته السجدة عن التلاوتين لان الثانية اقوى لكونها صلوتية فاستتبعت الاولى وفي النوادر يسجد للاولى بعد الفراغ لان للاولى قوة السبق فاستويا قلنا للثانية قوة اتصال المقصود فترجحت بها وان تلاها فسجد ثم دخل في الصلوة فتلاها سجد لها لان الثانية هي المستتبعة ولا وجه الى الحاقها بالاولى لانه يؤدي الى سبق الحكم على السبب ومن كرر تلاوة سجدة واحدة في مجلس واحد اجزأته سجدة واحدة فان قرأها في مجلسه فسجدها ثم ذهب ورجع فقرأها سجدها ثانية وان لم يكن سجد للاولى فعليه سجدتان والاصل ان مبنى السجدة على التداخل دفعا للحرج وهو تداخل في السبب دون الحكم وهذا اليق بالعبادات والثاني بالعقوبات وامكان التداخل عند اتحاد المجلس لكونه جامعا للمتفرقات فاذا اختلف المكان عاد الحكم الى الاصل ولا يختلف بمجرد القيام بخلاف المخيرة لانه دليل الاعراض وهو المبطل هناك وفي تسدية الثوب يتكرر الوجوب وفي المنتقل من غصن الى غصن كذلك في الاصح وفي الدياسة كذلك للاحتياط ولو تبدل مجلس السامع دون التالي يتكرر الوجوب على السامع لان السبب في حقه السماع وكذا اذا تبدل مجلس التالي دون السامع على ما قيل والاصح انه لا يتكرر الوجوب على السامع لما قلنا ومن اراد السجود كبر ولم يرفع يديه وسجد ثم كبر ورفع رأسه اعتبارا بسجدة الصلوة وهو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه ولا تشهد عليه ولا سلام لان ذلك للتحلل وهو يستدعي سبق التحريمة وهي منعدمة قال ويكره ان يقرأ السورة في صلوة او غيرها ويدع اية السجدة لانه يشبه الاستنكاف عنها ولا بأس بان يقرأ اية السجدة ويدع ما سواها لانه مبادرة اليها قال محمد رحمه الله احب الي ان يقرأ قبلها اية او ايتين دفعا لوهم التفضيل واستحسنوا اخفاءها شفقة على السامعين

باب صلوة المسافر

السفر الذي يتغير به الاحكام ان يقصد مسيرة ثلثة ايام ولياليها بسير الابل ومشي الاقدام لقوله عليه السلام يمسح المقيم كمال يوم وليلة والمسافر ثلثة ايام ولياليها عمت الرخصة الجنس ومن ضرورته عموم التقدير وقدره ابو يوسف رحمه الله بيومين واكثر اليوم الثالث والشافعي بيوم وليلة في قول وكفى بالسنة حجة عليهما والسير المذكور هو الوسط وعن ابي حنيفة رحمه الله التقدير بالمراحل وهو قريب من الاول ولا معتبر بالفراسخ هو الصحيح ولا يعتبر السير في الماء معناه لا يعتبر به السير في البر واما المعتبر في البحر فما يليق بحاله كما في الجبل وفرض المسافر في الرباعية ركعتان لا يزيد عليهما وقال الشافعي رحمه الله فرضه الاربع والقصر رخصة اعتبارا بالصوم ولنا ان الشفع الثاني لا يقضى ولا يأثم على تركه وهذا آية

فاعلم ان الاصح في التداخل كونه في الحكم لانه امر حكمي ... ثبت حكما فيليق بالاحكام لا ان لكل سبب ... الاسباب لثبوت ... بالاسباب ... الاحكام واعتبار ... في العبادات ... لو قلنا انه في الحكم ... الاسباب ... لانه بالنظر الى الحكم ... وسقوط ... بخلاف العقوبات ... ولانه اشتغال ... لا الاحكام ... بالتمام

النافلة

النافلة بخلاف الصوم لانه يقضى وان صلى اربعا وقعد في الثانية قدر التشهد اجزأته والاخريان نافلة اعتبارا بالفجر ويصير مسيئا لتأخير السلام وان لم يقعد في الثانية قدرها بطلت لاختلاط النافلة بها قبل اكمال اركانها واذا فارق المسافر بيوت المصر صلى ركعتين لان الاقامة تتعلق بدخولها فيتعلق السفر بالخروج عنها وفيه الاثر عن علي رضي الله عنه لو جاوزنا هذا الخص لقصرنا قال ولا يزال على حكم السفر حتى ينوي الاقامة في بلدة او قرية خمسة عشر يوما او اكثر وان نوى اقل من ذلك قصر لانه لا بد من اعتبار مدة لان السفر يجامعه اللبث فقدرناها بمدة الطهر لانهما مدتان موجبتان وهو مأثور عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم والاثر في مثله كالخبر والتقييد بالبلدة والقرية اشارة الى انه لا تصح نية الاقامة في المفازة وهو الظاهر قال ولو دخل مصرا على عزم ان يخرج غدا او بعد غد ولم ينو مدة الاقامة حتى بقي على ذلك سنين قصر لان ابن عمر رضي الله عنه اقام باذربيجان ستة اشهر وكان يقصر وعن جماعة من الصحابة مثل ذلك واذا دخل العسكر ارض الحرب فنووا الاقامة بها قصروا وكذا اذا حاصروا فيها مدينة او حصنا لان الداخل بين ان يهزم فيقر وبين ان يهزم فيفر فلم تكن دار اقامة وكذا اذا حاصروا اهل البغي في دار الاسلام في غير مصر او حاصروهم في البحر لان حالهم مبطل عزيمتهم وعند زفر تصح في الوجهين اذا كانت الشوكة لهم للتمكن من القرار ظاهرا وعند ابي يوسف تصح اذا كانوا في بيوت المدر لانه موضع اقامة قال ونية الاقامة من اهل الكلاء وهم اهل الاخبية قيل لا تصح والاصح انهم مقيمون يروى ذلك عن ابي يوسف لان الاقامة اصل فلا تبطل بالانتقال من مرعى الى مرعى قال وان اقتدى المسافر بالمقيم في الوقت اتم اربعا لانه يتغير فرضه الى اربع للتبعية كما يتغير بنية الاقامة لاتصال المغير بالسبب وهو الوقت قال واذا دخل معه في فائتة لم تجزه لانه لا يتغير بعد الوقت لانقضاء السبب كما لا يتغير بنية الاقامة فيكون اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القعدة او القراءة قال وان صلى المسافر بالمقيمين ركعتين سلم واتم المقيمون صلوتهم لان المقتدي التزم الموافقة في الركعتين فينفرد في الباقي كالمسبوق الا انه لا يقرأ في الاصح لانه مقتد تحريمة لا فعلا والفرض صار مؤدى فيتركها احتياطا بخلاف المسبوق لانه ادرك قراءة نافلة فلم يتأد الفرض فكان الاتيان بها اولى قال ويستحب للامام اذا سلم ان يقول اتموا صلوتكم فانا قوم سفر لانه عليه السلام قاله حين صلى باهل مكة وهو مسافر قال واذا دخل المسافر في مصره اتم الصلوة وان لم ينو الاقامة فيه لانه عليه السلام واصحابه كانوا يسافرون ويعودون الى اوطانهم مقيمين من غير عزم جديد قال ومن كان له وطن فانتقل عنه واستوطن غيره ثم سافر ودخل وطنه الاول قصر لانه لم يبق وطنا له الا ترى انه عليه السلام بعد الهجرة عد نفسه بمكة من المسافرين وهذا لان

لان الاصل ان الوطن الاصلي يبطل بمثله دون السفر ووطن الاقامة يبطل بمثله وبالسفر وبالاصلي

قال واذا نوى المسافر ان يقيم بمكة ومنى خمسة عشر يوما لم يتم الصلوة لان اعتبار النية في موضعين

يقتضي اعتبارها في مواضع وهو ممتنع لان السفر لا يعرى عنه الا اذا نوى ان يقيم بالليل في احدهما

فيصير مقيما بدخوله فيه لان اقامة المرء مضاف الى مبيته قال ومن فاتته صلوة في السفر قضاها

في الحضر ركعتين ومن فاتته في الحضر قضاها في السفر اربعا لان القضاء بحسب الاداء والمعتبر في ذلك اخر

الوقت لانه المعتبر في السببية عند عدم الاداء في الوقت قال والعاصي والمطيع في سفره في الرخصة سواء وقال

الشافعي رحمه الله سفر المعصية لا يفيد الرخصة لانها ثبتت تخفيفا فلا تتعلق بما يوجب التغليظ ولنا

اطلاق النصوص ولان نفس السفر ليس بمعصية وانما المعصية ما يكون بعده او يجاوره فصلح

متعلق الرخصة والله اعلم

باب الجمعة

لا تصح الجمعة الا في مصر جامع او في مصلى المصر ولا تجوز

في القرى لقوله عليه السلام لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا اضحى الا في مصر جامع والمصر الجامع كل موضع له امير وقاض

ينفذ الاحكام ويقيم الحدود وهذا عند ابي يوسف وعنه انهم اذا اجتمعوا في اكبر مساجدهم لم يسعهم

والاول اختيار الكرخي وهو الظاهر والثاني اختيار الثلجي والحكم غير مقصور على المصلى بل تجوز في جميع افنية

المصر لانها بمنزلته في حوائج اهله قال وتجوز بمنى ان كان الامير امير الحجاز او كان الخليفة مسافرا

عند هما وقال محمد لا جمعة بمنى لانها من القرى حتى لا يعيد بها ولهما انها تتمصر في ايام الموسم وعدم

التعييد للتخفيف ولا جمعة بعرفات في قولهم جميعا لانها فضاء وبمنى ابنية والتقييد بالخليفة وامير الحجاز

لان الولاية لهما اما امير الموسم فيلي امور الحج لا غير ولا يجوز اقامتها الا للسلطان او لمن امره السلطان

لانها تقام بجمع عظيم وقد تقع المنازعة في التقدم والتقديم وقد تقع في غيره فلا بد منه تتميما لامره

ومن شرائطها الوقت فتصح في وقت الظهر ولا تصح بعده لقوله عليه السلام اذا مالت الشمس فصل

بالناس الجمعة ولو خرج الوقت وهو فيها استقبل الظهر ولا يبنيه عليها لاختلافهما ومنها الخطبة

لان النبي عليه السلام ما صلاها بدون الخطبة في عمره وهي قبل الصلوة به وردت السنة قال ويخطب خطبتين

يفصل بينهما بقعدة به جرى التوارث قال ويخطب قائما على الطهارة لان القيام فيهما متوارث

ثم هي شرط الصلوة فيستحب فيها الطهارة كالاذان قال ولو خطب قاعدا او على غير طهارة

جاز لحصول المقصود الا انه يكره لمخالفة التوارث وللفصل بينها وبين الصلوة قال وان اقتصر

على ذكر الله تعالى جاز عند ابي حنيفة وقالا لا بد من ذكر طويل يسمى خطبة لان الخطبة هي الواجبة والتسبيحة

او التحميدة لا تسمى خطبة وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز حتى يخطب خطبتين اعتبارا للمتعارف وله قوله

تعالى فاسعوا الى ذكر الله من غير فصل وعن عثمان انه قال الحمد لله فارتج عليه فنزل وصلى قال ومن شرائطها

الجماعة لان الجمعة مشتقة منها واقلهم عند ابي حنيفة ثلثة سوى الامام وقال ابو يوسف اثنان سواه قال والاصح ان هذا

قول ابي يوسف وحده له ان المثنى في معنى الاجتماع وهي منبئة عنه ولهما ان الجمع الصحيح انما هو الثلث لانه

جمع تسمية ومعنى والجماعة شرط على حدة وكذا الامام فلا يعتبر منهم قال فان نفر الناس قبل ان يركع

الامام ويسجد الا النساء استقبل الظهر عند ابي حنيفة وقالا اذا نفروا عنه بعد ما افتتح الصلوة صلى

الجمعة فان نفروا عنه بعد ما ركع وسجد سجدة بنى على الجمعة في قولهم جميعا خلافا لزفر هو يقول انها شرط

فلا بد من دوامها كالوقت ولهما ان الجماعة شرط الانعقاد فلا تشترط دوامها كالخطبة ولابي

حنيفة ان الانعقاد بالشروع في الصلوة ولا يتم ذلك الا بتمام الركعة لان ما دونها ليست

بصلوة فلا بد من دوامها كالوقت ولهما ان الجماعة شرط الانعقاد فلا تشترط دوامها كالخطبة

ولابي حنيفة رحمه الله ان الانعقاد بالشروع في الصلوة ولا يتم ذلك الا بها بخلاف الخطبة لانها

تنافي الصلوة فلا تشترط دوامها ولا معتبر ببقاء النسوان والصبيان لانه لا تنعقد بهم الجمعة فلا تتم

بهم الجماعة قال ولا تجب الجمعة على مسافر ولا امرأة ولا مريض ولا عبد ولا اعمى لان المسافر يحرج

وكذا المريض والاعمى والعبد مشغول بخدمة المولى والمرأة بخدمة الزوج فعذروا دفعا للحرج والضرر

فان حضروا وصلوا مع الناس اجزاهم عن فرض الوقت لانهم تحملوه فصاروا كالمسافر اذا صام

قال ويجوز للمسافر والعبد والمريض ان يؤم في الجمعة وقال زفر لا يجزيه لانه لا فرض عليه فاشبه

الصبي والمرأة ولنا ان هذه رخصة فاذا حضروا تقع فرضا على ما بيناه اما الصبي فمسلوب

الاهلية والمرأة لا تصلح لامامة الرجال وتنعقد بهم الجمعة لانهم صلحوا للامامة فيصلحون

للاقتداء بطريق الاولى قال ومن صلى الظهر في منزله يوم الجمعة قبل صلوة الامام ولا عذر

له كره له ذلك وجازت صلوته وقال زفر لا يجزيه لان عنده الجمعة هي الفريضة اصالة

والظهر كالبدل عنها ولا مصير الى البدل مع القدرة على الاصل ولنا ان اصل الفرض هو

الظهر في حق الكافة هذا هو الظاهر الا انه مامور باسقاطه باداء الجمعة وهذا لانه متمكن من

اداء الظهر بنفسه دون الجمعة لتوقفها على شرائط لا تتم به وحده وعلى التمكن يدور التكليف

قال فان بدا له ان يحضر الجمعة فتوجه اليها والامام فيها بطل ظهره عند ابي حنيفة بالسعي وقالا لا يبطل

ما لم يدخل مع الامام لان السعي دون الظهر فلا ينقضه بعد تمامه والجمعة فوقها فتنقضها وصار كما

اذا توجه بعد فراغ الامام وله ان السعي الى الجمعة من خصائص الجمعة فينزل منزلتها في حق ارتفاض الظهر

احتياطا بخلاف ما بعد الفراغ منها لانه ليس بسعي اليها قال ويكره ان يصلي المعذورون الظهر
بجماعة يوم الجمعة في المصر وكذا اهل السجن لما فيه من الاخلال بالجمعة اذ هي جامعة للجماعات
والمعذور قد يقتدي به غيره بخلاف السواد لانه لا جمعة عليهم ولو صلى قوم اجزاهم لاستجماع الشرائط
قال ومن ادرك الامام يوم الجمعة صلى معه ما ادرك وبنى عليه الجمعة لقوله ع م ما ادركتم
فصلوا وما فاتكم فاقضوا وان كان ادركه في التشهد او في سجود السهو بنى عليها الجمعة
وقال محمد ان ادرك معه اكثر الركعة الثانية بنى عليها الجمعة وان ادرك اقلها بنى عليها الظهر لانه جمعة
من وجه ظهر من وجه لفوات بعض الشرائط في حقه فيصلي اربعا اعتبارا للظهر ويقعد لا محالة على
راس الركعتين اعتبارا للجمعة ويقرأ في الاخريين لاحتمال النفلية ولهما انه مدرك للجمعة في هذه الحالة حتى
يشترط نية الجمعة وهي ركعتان ولا وجه لما ذكره محمد لانهما مختلفان لا يبنى احدهما على تحريمة الاخر
قال واذا خرج الامام يوم الجمعة ترك الناس الصلوة والكلام حتى يفرغ من خطبته وهذا عند ابي حنيفة
وقالا لا بأس بالكلام اذا خرج قبل ان يخطب واذا نزل قبل ان يكبر لان الكراهة للاخلال
بفرض الاستماع ولا استماع هنا بخلاف الصلوة لانها قد تمتد ولابي حنيفة قوله ع م اذا
خرج الامام فلا صلوة ولا كلام من غير فصل ولان الكلام قد يمتد طبعا فاشبه الصلوة قال
واذا اذن المؤذنون الاذان الاول ترك الناس البيع وتوجهوا الى الجمعة لقوله تعالى فاسعوا
الى ذكر الله وذروا البيع قال واذا صعد الامام المنبر جلس واذن المؤذنون بين يدي
المنبر بذلك جرى التوارث ولم يكن على عهد النبي ع م الا هذا الاذان ولهذا قيل هو المعتبر في
وجوب السعي وحرمة البيع والاصح ان المعتبر هو الاول اذا كان بعد الزوال لحصول المقصود به وهو الاعلام

باب العيدين

وتجب صلوة العيد على من تجب عليه صلوة الجمعة وفي الجامع الصغير عيدان اجتمعا في يوم
واحد فالاول سنة والثاني فريضة ولا يترك واحد منهما قال رحمه الله وهذا تنصيص
على السنة والاول على الوجوب وهو رواية عن ابي حنيفة وجه الاول مواظبة النبي ع م عليها ووجه الثاني
قوله ع م في حديث الاعرابي عقيب سؤاله هل علي غيرهن فقال لا الا ان تطوع والاول اصح
وتسميته سنة لوجوبه بالسنة قال ويستحب في يوم الفطر ان يطعم قبل ان يخرج الى المصلى و
يغتسل ويستاك ويتطيب لما روي انه ع م كان يطعم يوم الفطر قبل ان يخرج الى المصلى وكان
يغتسل في العيدين ولانه يوم اجتماع فيسن فيه الغسل والطيب كما في يوم الجمعة ويلبس احسن ثيابه
لانه ع م كان له جبة فنك او صوف يلبسها في الاعياد قال ويؤدي صدقة الفطر اغناء للفقير

وهو صوف البعير كذا في الصحاح

ليتفرغ

ليتفرغ قلبه للصلوة ويتوجه الى المصلى ولا يكبر عند ابي حنيفة في طريق المصلى وعندهما يكبر اعتبارا بالاضحى
وله ان الاصل في الثناء الاخفاء والشرع ورد به في الاضحى لانه يوم تكبير ولا كذلك الفطر قال ولا يتنفل
في المصلى قبل العيد لانه عليه السلام لم يفعل مع حرصه على الصلوة ثم قيل الكراهة في المصلى خاصة وقيل فيه
وفي غيره عامة لانه ع م لم يفعله قال واذا حلت الصلوة بارتفاع الشمس دخل وقتها الى الزوال فاذا زالت
خرج وقتها لان النبي ع م كان يصلي العيد والشمس على قدر رمح او رمحين ولما شهدوا بالهلال بعد الزوال
امر بالخروج الى المصلى من الغد قال ويصلي الامام بالناس ركعتين يكبر في الاولى تكبيرة الافتتاح وثلثا
بعدها ثم يقرأ الفاتحة وسورة ويكبر تكبيرة يركع بها ثم يبتدئ في الركعة الثانية بالقراءة ثم يكبر ثلثا بعدها ويكبر
رابعة يركع بها وهذا قول ابن مسعود رضي الله عنه وهو قولنا وقال ابن عباس رضي الله عنه يكبر في الاولى
للافتتاح وخمسا بعدها وفي الثانية يكبر خمسا ثم يقرأ وفي رواية يكبر اربعا وظهر عمل العامة اليوم
بقول ابن عباس رضي الله عنهما لامر بنيه الخلفاء فاما المذهب فالقول الاول لان التكبير ورفع الايدي
خلاف المعهود فكان الاخذ بالاقل اولى ثم التكبير من اعلام الدين حتى يجهر به فكان الاصل فيه الجمع
وفي الركعة الاولى يجب الحاقها بتكبيرة الافتتاح لقوتها من حيث الفرضية والسبق وفي الثانية
لم يوجد الا تكبيرة الركوع فوجب الضم اليها والشافعي اخذ بقول ابن عباس رضي الله عنهما
الا انه حمل المروي كله على الزوائد فصارت التكبيرات عنده خمس عشرة او ست عشرة قال ويرفع يديه
في تكبيرات العيدين يريد به ما سوى تكبيرة الركوع لقوله ع م لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر
من جملتها تكبيرات الاعياد وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يرفع والحجة عليه ما رويناه قال ويخطب
بعد الصلوة خطبتين بذلك ورد النقل المستفيض يعلم فيها صدقة الفطر واحكامها لانها شرعت
لاجله ومن فاتته صلوة العيد مع الامام لم يقضها لان الصلوة بهذه الصفة لم تعرف قربة الا بشرائط
لا تتم بالمنفرد فان غم الهلال وشهدوا عند الامام بالهلال بعد الزوال صلى العيد من الغد لان هذا
تأخير بعذر وقد ورد فيه الحديث فان حدث عذر يمنع الصلوة في اليوم الثاني لم يصلها بعده لان
الاصل فيها ان لا تقضى كالجمعة الا انا تركناه بالحديث وقد ورد بالتأخير الى اليوم الثاني عند العذر
ويستحب في يوم الاضحى ان يغتسل ويتطيب لما ذكرنا ويؤخر الاكل حتى يفرغ من الصلوة لما روي ان النبي ع م
كان لا يطعم في يوم النحر حتى يرجع فيأكل من اضحيته ويتوجه الى المصلى وهو يكبر لانه ع م كان يكبر في الطريق
ويصلي ركعتين كالفطر كذا نقل ويخطب بعدها خطبتين لانه عليه السلام كذلك فعل ويعلم الناس فيها الاضحية
وتكبيرات التشريق لانه مشروع الوقت والخطبة ما شرعت الا لتعليمه فان كان عذر يمنع من الصلوة

في يوم الاضحى صلاها من الغد وبعد الغد ولا يصليها بعد ذلك لان الصلوة موقتة بوقت الاضحية فتتقيد
بايامها لكنه مسيء في التأخير بغير عذر لمخالفة المنقول والتعريف الذي يصنعه الناس ليس بشيء وهو
ان يجتمع الناس يوم عرفة في بعض المواضع تشبها بالواقفين بعرفة لان الوقوف عرف عبادة مختصة بمكان مخصوص
فلا يكون عبادة دونها كسائر المناسك فصل في تكبيرات التشريق ويبدأ بتكبير التشريق بعد صلوة
الفجر من يوم عرفة ويختم عقيب العصر من يوم النحر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يختم عقيب العصر من اخر ايام التشريق والمسئلة
مختلفة بين الصحابة رضوان الله تعالى عليهم اجمعين فاخذا بقول علي رضي الله عنه اخذا بالاكثر اذ هو الاحتياط
في العبادات واخذ بقول ابن مسعود رضي الله تعالى عنه اخذا بالاقل لان الجهر بالتكبير بدعة والتكبير ان يقول
مرة واحدة الله اكبر الله اكبر لا اله الا الله والله اكبر الله اكبر ولله الحمد هو المأثور عن الخليل
صلوات الله على نبينا وعليه قال وهو عقيب الصلوات المفروضات على المقيمين في الامصار
في الجماعات المستحبة عند ابي حنيفة رحمه الله وليس على جماعات النساء اذا لم يكن معهن رجل
عند ابي حنيفة وقالا هو على كل من صلى المكتوبة لانه تبع المكتوبة وله ما روينا من قبل والتشريق
التكبير كذا نقل عن الخليل بن احمد ولان الجهر بالتكبير خلاف السنة والشرع ورد به عند
استجماع هذه الشرائط الا انه يجب على النساء اذا اقتدين بالرجال وعلى المسافرين عند
اقتدائهم بالمقيم بطريق التبعية قال يعقوب صليت بهم المغرب فسهوت ان اكبر فكبر ابو حنيفة
دل ان الامام وان ترك التكبير لا يدعه المقتدي وهذا لانه لا يؤدى في حرمة الصلوة فلم يكن
الامام فيه حتما وانما هو مستحب باب صلوة الكسوف اذا انكسفت الشمس صلى الامام بالناس ركعتين
كهيئة النافلة في كل ركعة ركوع واحد وقالا ركوعان له رواية عائشة رضي الله
عنها ولنا رواية ابن عمر رضي الله عنهما والحال انكشف على الرجال لقربهم فكان الترجيح لروايته ويطول
القراءة فيهما ويخفي عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يجهر وعن محمد مثل قول الامام الاعظم اما التطويل في القراءة
فبيان الافضل ويخفف ان شاء لان المسنون استيعاب الوقت بالصلوة والدعاء فاذا
خفف احدهما طول الاخر اما الاخفاء والجهر فلهما رواية عائشة رضي الله عنها ان النبي عليه السلام جهر فيها
ولابي حنيفة رواية ابن عباس وسمرة رضي الله عنهما والترجيح قد مر من قبل كيف وانها صلوة النهار
وهي عجماء ويدعو بعدها حتى تنجلي الشمس لقوله عليه السلام اذا رأيتم من هذه الافزاع شيئا فارغبوا الى الله
تعالى بالدعاء والسنة في الادعية تأخيره عن الصلوة ويصلي بهم الامام الذي يصلي بهم الجمعة فان لم يحضر صلى
الناس فرادى تحرزا عن الفتنة وليس في كسوف القمر جماعة لتعذر الاجتماع بالليل او لخوف

الفتنة

الفتنة وانما يصلي كل واحد بنفسه لقوله عليه السلام اذا رأيتم شيئا من هذه الاهوال فافزعوا الى الصلوة وليس في
الكسوف خطبة لانه لم ينقل باب الاستسقاء قال ابو حنيفة ليس في الاستسقاء صلوة مسنونة
في جماعة فان صلى الناس وحدانا جاز وانما الاستسقاء الدعاء والاستغفار لقوله تعالى استغفروا
ربكم انه كان غفارا الاية ورسول الله عليه السلام استسقى ولم ترو عنه الصلوة وقالا يصلي الامام
ركعتين لما روي ان النبي عليه السلام صلى فيه ركعتين كصلوة العيد رواه ابن عباس قلنا فعله مرة وتركه اخرى
ولم يكن سنة بهذا القدر وقد ذكر في الاصل قول محمد وحده ويجهر فيهما بالقراءة اعتبارا بصلوة العيد
ثم يخطب لما روي ان النبي عليه السلام خطب ثم هي كخطبة العيد عند محمد وعند ابي يوسف خطبة واحدة ولا خطبة
عند الاعظم لانه تبع للجماعة ولا جماعة عنده ويستقبل القبلة بالدعاء لما روي ان النبي عليه السلام استقبل
القبلة وحول رداءه ويقلب رداءه لانه دعاء فيعتبر بسائر الادعية وما رواه كان تفاؤلا
ولا يقلب القوم ارديتهم لانه لم ينقل انه عليه السلام امرهم بذلك ولا يحضر اهل الذمة الاستسقاء
لانه لاستنزال الرحمة وانما تنزل عليهم اللعنة باب صلوة الخوف واذا اشتد الخوف جعل الامام
الناس طائفتين طائفة الى وجه العدو وطائفة خلفه فيصلي بهذه الطائفة ركعة وسجدتين
فاذا رفع رأسه من السجدة الثانية مضت هذه الطائفة الى وجه العدو وجاءت تلك الطائفة
فيصلي بهم الامام ركعة وسجدتين وتشهد وسلم ولم يسلموا وذهبوا الى وجه العدو وجاءت
الطائفة الاولى وصلوا ركعة وسجدتين وحدانا بغير قراءة لانهم لاحقون وتشهدوا
وسلموا وذهبوا الى وجه العدو وجاءت الطائفة الاخرى وصلوا ركعة وسجدتين بقراءة
لانهم مسبوقون وتشهدوا وسلموا والاصل فيه رواية ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي عليه السلام
صلى صلوة الخوف على الصفة التي قلنا وابو يوسف وان انكر شرعيتها في زماننا فهو محجوج عليه بما
روينا قال وان كان الامام مقيما صلى بالطائفة الاولى ركعتين وبالطائفة الاخرى
ركعتين لان النبي عليه السلام صلى الظهر بالطائفتين ركعتين ركعتين ويصلي بالطائفة الاولى ركعة
من المغرب وبالاخرى ركعة واحدة لان تنصيف الركعة الواحدة غير ممكن فجعلها في الاولى اولى
بحكم السبق ولا يقاتلون في حالة الصلوة فان فعلوا بطلت صلوتهم لان النبي عليه السلام شغل عن اربع صلوات
يوم الاحزاب فلو جاز الاداء مع القتال لما تركها وان اشتد الخوف صلوا ركبانا فرادى
الى اي جهة شاؤا يومؤن بالركوع والسجود اذا لم يقدروا على التوجه الى القبلة لقوله تعالى فان خفتم
فرجالا او ركبانا وسقط التوجه للضرورة وعن محمد انهم يصلون بجماعة وليس بصحيح لانعدام

الالحاد في المكان باب الجنائز قال واذا احتضر الرجل وجه الى القبلة على شقه الايمن اعتبارا
بحال الوضع في قبره لانه اشرف عليه الموت والمختار في بلادنا الاستلقاء لانه ايسر والاول
هو السنة ولقن الشهادتين لقوله عليه السلام لقنوا موتاكم شهادة ان لا اله الا الله والمراد الذي
قرب من الموت فاذا مات شد لحياه وغمض عيناه بذلك جرى التوارث ثم فيه تحسينه
فيستحسن فصل في غسل الميت فاذا ارادوا غسله وضعوه على سرير لينصب الماء عنه
ويجعلون على عورته خرقة اقامة لواجب الستر ويكتفى بستر العورة الغليظة هو الصحيح تيسيرا
ثيابه ليمكنهم التنظيف ووضؤه من غير مضمضة واستنشاق لان الوضوء سنة
الاغتسال غير ان اخراج الماء عنه متعذر فيتركان ثم يفيضون الماء عليه اعتبارا بحالة الحيوة
ويجمر سريره وترا لما فيه من تعظيم الميت وانما يوتر لقوله عليه السلام ان الله وتر يحب الوتر
ويغلى الماء بالسدر او بالحرض مبالغة في التنظيف فان لم يكن فالماء القراح لحصول اصل المقصود
ويغسل رأسه ولحيته بالخطمي ليكون انظف له ثم يضجع على شقه الايسر فيغسل بالماء
والسدر حتى يرى ان الماء قد وصل الى ما يلي التخت منه لان السنة هو البداية
بالميامن ثم يجلسه ويسنده اليه ويمسح بطنه مسحا رفيقا تحرزا عن تلويث الكفن فان
خرج منه شيء غسله ولا يعيد غسله ولا وضوءه لان الغسل عرفناه بالنص وقد حصل مرة
ثم ينشفه بثوب كيلا يبتل اكفانه ويجعله في اكفانه ويجعل الحنوط على رأسه ولحيته
والكافور على مساجده لان التطييب سنة والمساجد اولى بزيادة الكرامة ولا يسرح
شعر الميت ولا لحيته ولا يقص شعره ولا ظفره لقول عائشة رضي الله تعالى عنها علام
تنصون ميتكم ولان هذه الاشياء للزينة وقد استغنى الميت عنها وفي الحي كانت
تنظيفا لاجتماع الوسخ تحته وصار كالختان فصل في التكفين السنة ان يكفن الرجل في ثلاثة
اثواب ازار وقميص ولفافة لما روي ان النبي عليه السلام كفن في ثلثة اثواب بيض سحولية
ولانه اكثر ما يلبسه عادة في حيوته وكذا بعد مماته فان اقتصروا على ثوبين جاز والثوبان
ازار ولفافة وهذا كفن الكفاية لقول ابي بكر الصديق رضي الله تعالى عنه اغسلوا ثوبي هذين
وكفنوني فيهما ولانه ادنى لباس الاحياء والازار من القرن الى القدم وكذلك اللفافة و
القميص من اصل العنق فان ارادوا لف الكفن ابتدأوا بجانبه الايسر فلفوه ثم الايمن
كما في حالة الحيوة وبسطه ان تبسط اللفافة ثم تبسط عليها الازار ثم يقمص الميت ويوضع على الازار

ثم يضجع على شقه الايمن فيغسل حتى يرى ان الماء قد وصل الى ما يلي التخت منه

ثم يعطف الازار من قبل اليسار ثم من قبل اليمين ثم اللفافة كذلك وان خافوا ان ينتشر الكفن عقدوه
صيانة عن الكشف وتكفن المرأة في خمسة اثواب درع وازار وخمار ولفافة وخرقة تربط
بها فوق ثدييها لحديث ام عطية رضي الله تعالى عنها ان النبي عليه السلام اعطى اللواتي غسلن ابنته خمسة
اثواب ولانها تخرج فيها حال حيوتها وكذا بعد الممات وهذا بيان كفن السنة وان اقتصر
على ثلاثة اثواب جاز وهي ثوبان وخمار وهو كفن الكفاية ويكره اقل من ذلك وفي الرجل
يكره الاقتصار على ثوب واحد الا في حالة الضرورة لان مصعب بن عمير رضي الله عنه حين
استشهد كفن في ثوب واحد وهذا كفن الضرورة وتلبس المرأة الدرع اولا ثم
يجعل شعرها ضفيرتين على صدرها فوق الدرع ثم الخمار فوق ذلك تحت اللفافة قال وتجمر
الاكفان قبل ان يدرج فيها وترا لانه عليه السلام امر باجمار اكفان ابنته وترا والاجمار هو التطييب
فاذا فرغوا منه صلوا عليه لانها فريضة فصل في الصلاة على الميت واولى الناس بالصلاة السلطان
ان حضر لان في التقدم عليه ازدراء به فان لم يحضر فالقاضي لانه صاحب ولاية وان لم يحضر فيستحب
تقديم امام الحي لانه رضيه في حال حيوته قال ثم الولي والاولياء على الترتيب المذكور في النكاح
فان صلى غير الولي والسلطان اعاد الولي ان شاء لما ذكرنا ان الحق للاولياء وان صلى
الولي لم يجز لاحد ان يصلي بعده لان الفرض يتأدى بالاولى والتنفل بها غير مشروع ولهذا
رأينا الناس تركوا من آخرهم الصلاة على قبر النبي عليه السلام وهو اليوم كما وضع وان دفن الميت
ولم يصل عليه صلي على قبره لان النبي عليه السلام صلى على قبر امرأة من الانصار ويصلى عليه قبل ان يتفسخ
والمعتبر في معرفة ذلك اكبر الرأي هو الصحيح لاختلاف الحال والمكان والزمان والصلاة ان يكبر تكبيرة يحمد الله
تعالى عقيبها ثم يكبر تكبيرة ويصلي على النبي عليه السلام ثم يكبر تكبيرة يدعو فيها لنفسه وللميت وللمسلمين ثم
يكبر الرابعة ويسلم لانه عليه السلام كبر اربعا في آخر صلوة صلاها فنسخت ما قبلها ولو كبر الامام خمسا
لم يتابعه المؤتم خلافا لزفر رحمه الله لانه منسوخ لما روينا وينتظر تسليم الامام في رواية وهو المختار
والاتيان بالدعوات استغفار للميت والبداية بالثناء ثم بالصلوات سنة الدعاء ولا يستغفر
للصبي ولكن يقول اللهم اجعله لنا فرطا واجعله لنا اجرا وذخرا واجعله لنا شافعا مشفعا
ولو كبر الامام تكبيرة او تكبيرتين لا يكبر الآتي حتى يكبر اخرى بعد حضوره عند ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف يكبر حين يحضر لان الاولى للافتتاح والمسبوق يأتي به ولهما ان كل تكبيرة قائم
مقام ركعة والمسبوق لا يبتدئ بما فاته اذ هو منسوخ ولو كان حاضرا فلم يكبر مع الامام لا ينتظر

الثانية بالاتفاق لانه بمنزلة المدرك قال ويقوم الذي يصلي على الرجل والمرأة بحذاء الصدر
لانه موضع القلب وفيه نور الايمان فيكون القيام عنده اشارة الى الشفاعة لايمانه وعن
ابي حنيفة رحمه الله انه يقوم من الرجل بحذاء رأسه ومن المرأة بحذاء وسطها لان انسا رضي الله عنه
فعل كذلك وقال هو السنة قلنا تأويله ان جنازتها لم تكن منعوشة فحال بينها وبينهم فان
صلوا على جنازة ركبانا اجزأهم في القياس لانه دعاء وفي الاستحسان لا يجزيهم لانه صلوة من وجه
لوجود التحريمة فلا يجوز تركه من غير عذر احتياطا ولا بأس بالاذن في صلوة الجنازة لان التقدم
حق الولي فيملك ابطاله بتقديم غيره وفي بعض النسخ لا بأس بالاذان اي الاعلام وهو ان يعلم
الناس بعضهم بعضا ليقضوا حقه ولا يصلى على ميت في مسجد جماعة لقوله عليه السلام من صلى على جنازة
في المسجد فلا اجر له ولانه بني لاداء المكتوبات ولانه يحتمل تلويث المسجد وفيما اذا كان
الميت خارج المسجد اختلاف المشايخ ومن استهل بعد الولادة سمي وغسل وصلي عليه لقوله عليه السلام
اذا استهل المولود صلي عليه ومن لم يستهل لم يصل عليه ولان الاستهلال دلالة الحيوة
فتحقق في حقه سنة الموتى وان لم يستهل ادرج في خرقة كرامة لبني آدم ولم يصل عليه لما روينا
ويغسل في غير الظاهر من الرواية لانه نفس من وجه وهو المختار واذا سبي صبي مع احد ابويه
فمات لم يصل عليه لانه تبع لهما الا ان يقر بالاسلام وهو يعقل لانه صح اسلامه استحسانا
او يسلم احد ابويه لانه يتبع خير الابوين دينا وان لم يسب معه احد ابويه صلي عليه لانه ظهرت
تبعية الدار فحكم باسلامه كما في اللقيط وان مات الكافر وله ولي مسلم فانه يغسله ويكفنه
ويدفنه بذلك امر علي رضي الله عنه في حق ابيه ابي طالب لكن يغسل غسل الثوب النجس
ويلف في خرقة ويحفر حفيرة من غير مراعاة سنة التكفين واللحد ولا يوضع فيه بل يلقى
فصل في حمل الميت واذا حملوا الميت على سريره اخذوا بقوائمه الاربع بذلك وردت السنة وفيه
تكثير الجماعة وزيادة الاكرام والصيانة وقال الشافعي السنة ان يحملها رجلان يضعها السابق
على اصل عنقه والثاني على اعلى صدره لان جنازة سعد بن معاذ رضي الله عنه هكذا حملت قلنا
كان ذلك لازدحام الملائكة ويمشون به مسرعين دون الخبب لانه عليه السلام سئل عنه فقال ما دون
الخبب فاذا بلغوا الى قبره يكره ان يجلسوا قبل ان يوضع عن اعناق الرجال لانه قد تقع الحاجة
الى التعاون والقيام امكن منه قال وكيفية الحمل ان تضع مقدم الجنازة على يمينك ثم مؤخرها
على يمينك ثم مقدمها على يسارك ثم مؤخرها على يسارك ايثارا للتيامن وهذا في حالة التناوب

فصل

[هامش:] قوله منعوشة اي اتخذ لها نعش وهي شبه المحفة مشبك مطبق على المرأة اذا وضعت على الجنازة كذا في المغرب

فصل في الدفن ويحفر القبر ويلحد لقوله عليه السلام اللحد لنا والشق لغيرنا ويدخل الميت مما يلي القبلة
خلافا للشافعي فان عنده يسل سلا لما روي انه عليه السلام سل سلا ولنا ان جانب
القبلة معظم فيستحب الادخال منه واضطربت الروايات في ادخال النبي عليه السلام فاذا وضع
في لحده يقول واضعه بسم الله وعلى ملة رسول الله كذا قاله عليه السلام حين وضع ابا دجانة في القبر
ويوجهه الى القبلة بذلك امر رسول الله عليه السلام ويحل العقدة لوقوع الامن من الانتشار
ويسوي اللبن عليه لانه عليه السلام جعل على قبره اللبن ويسجى قبر المرأة بثوب حتى يجعل اللبن
على اللحد ولا يسجى قبر الرجل لان مبنى حالهن على الستر ومبنى حال الرجال على الانكشاف
ويكره الآجر والخشب لانهما لاحكام البناء والقبر موضع البلى ثم بالآجر اثر النار فيكره
تفاؤلا ولا بأس بالقصب وفي الجامع الصغير ويستحب اللبن والقصب لانه عليه السلام جعل على قبره
طن من القصب ثم يهال التراب ويسنم القبر ولا يسطح اي لا يربع لانه عليه السلام نهى عن
تربيع القبور ومن شاهد قبر النبي عليه السلام اخبر انه مسنم والله اعلم باب الشهيد الشهيد
من قتله المشركون او وجد في المعركة وبه اثر او قتله المسلمون ظلما ولم يجب بقتله دية فيكفن و
يصلى عليه ولا يغسل لانه في معنى شهداء احد وقال عليه السلام فيهم زملوهم بكلومهم ودمائهم
ولا تغسلوهم فكل من قتل ظلما بالحديدة وهو طاهر بالغ ولم يجب به عوض مالي فهو في معناهم
فيلحق بهم والمراد بالاثر الجراحة لانه دلالة القتل وكذا خروج الدم من موضع غير معتاد كالعين
ونحوه والشافعي يخالفنا في الصلوة ويقول السيف محاء للذنوب فاغنى عن الشفاعة ونحن
نقول الصلوة على الميت لاظهار كرامته والشهيد اولى بها والطاهر عن الذنوب لا يستغني عن الدعاء
كالنبي عليه السلام والصبي ومن قتله اهل الحرب او اهل البغي او قطاع الطريق فباي شيء قتلوه لم يغسل
لان شهداء احد ما كان كلهم قتيل السيف والسلاح واذا استشهد الجنب غسل عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا لا يغسل لان ما وجب بالجنابة سقط بالموت والثاني لم يجب للشهادة ولابي
حنيفة رضي الله عنه ان الشهادة عرفت مانعة غير رافعة فلا ترفع الجنابة وقد صح ان حنظلة
رضي الله تعالى عنه لما استشهد جنبا غسلته الملائكة وعلى هذا الخلاف الحائض والنفساء اذا طهرتا
وكذا قبل الانقطاع في الصحيح من الرواية وعلى هذا الخلاف الصبي لهما ان الصبي احق بهذه الكرامة
وله ان السيف كفى عن الغسل في حق شهداء احد بوصف كونه طهرة ولا ذنب للصبي فلم يكن في معناهم
ولا يغسل عن الشهيد دمه ولا ينزع عنه ثيابه لما روينا وينزع عنه الفرو والحشو والقلنسوة

والخف والسلاح لانها ليست من جنس الكفن ويزيدون وينقصون ما شاؤا اتماما للكفن
ومن ارتث غسل وهو من صار خلقا في حكم الشهادة لنيل مرافق الحيوة لان بذلك
يخف اثر الظلم فلم يكن في معنى شهداء احد والارتثاث ان ياكل او يشرب او ينام او
يداوى او ينقل من المعركة لانه نال بعض مرافق الحيوة وشهداء احد ماتوا عطاشا والكاس
تدار عليهم خوفا من نقصان الشهادة الا اذا حمل من مصرعه كيلا تطاه الخيول لانه ما نال شيئا من الراحة
ولو اواه فسطاط او خيمة كان مرتثا لما بيناه ولو بقي حيا حتى مضى وقت الصلوة وهو يعقل
لان تلك الصلوة صارت دينا في ذمته وهو من احكام الاحياء قال رضي الله عنه وهذا مروي عن ابي يوسف
ولو اوصى بشيء من امور الآخرة كان ارتثاثا عند ابي يوسف رحمه الله لانه ارتفاق وعند محمد لا يكون لانه من
احكام الاموات ومن وجد قتيلا في المصر غسل لان الواجب فيه القسامة والدية فخف اثر الظلم
الا اذا علم انه قتل بحديدة ظلما لان الواجب فيه القصاص وهو عقوبة والقاتل لا يتخلص عنها
ظاهرا اما في الدنيا او في العقبى وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ما لا يلبث بمنزلة السيف ويعرف في الجنايات
ان شاء الله تعالى ومن قتل في حد او قصاص غسل وصلي عليه لانه باذل نفسه لايفاء حق
مستحق عليه وشهداء احد بذلوا انفسهم لابتغاء مرضات الله فلا يلحق بهم ومن قتل من البغاة
او قطاع الطريق لم يصل عليه لان عليا رضي الله عنه لم يصل على البغاة باب الصلوة في
الكعبة الصلوة في الكعبة جائزة فرضها ونفلها خلافا للشافعي فيهما ولمالك في الفرض لانه عم
صلى في جوف الكعبة يوم الفتح ولانها صلوة استجمعت شرائطها لوجود استقبال القبلة لان استيعابها
ليس بشرط فان صلى الامام بجماعة فيها فجعل بعضهم ظهره الى ظهر الامام جاز لانه متوجه الى القبلة
ولا يعتقد امامه على الخطاء بخلاف مسئلة التحري ومن جعل منهم ظهره الى وجه الامام لم تجز صلوته
لتقدمه على امامه واذا صلى الامام في المسجد الحرام تحلق الناس حول الكعبة وصلوا بصلوة الامام
فمن كان منهم اقرب الى الكعبة من الامام جازت صلوته اذا لم يكن في جانب الامام لان التقدم
والتاخر انما يظهر عند اتحاد الجانب ومن صلى على ظهر الكعبة جازت صلوته خلافا للشافعي رحمه الله لان
الكعبة هي العرصة والهواء الى عنان السماء عندنا دون البناء لانه ينقل الا ترى انه لو صلى
على ابي قبيس جاز ولا بناء بين يديه الا انه يكره لما فيه من ترك التعظيم وقد ورد النهي عنه عن النبي عم

كتاب الزكوة

بسم الله الرحمن الرحيم الزكوة واجبة على الحر العاقل البالغ المسلم اذا ملك
نصابا ملكا تاما وحال عليه الحول اما الوجوب فلقوله تعالى واتوا الزكوة ولقوله عم ادوا زكوة

اموالكم

اموالكم وعليه اجماع الامة والمراد بالواجب الفرض لانه لا شبهة فيه واشتراط الحرية لان كمال
الملك بها والبلوغ والعقل لما نذكره والاسلام لان الزكوة عبادة ولا تتحقق من الكافر ولا بد من ملك
مقدار النصاب لانه عم قدر السبب به ولا بد من الحول لانه لا بد من مدة يتحقق فيها النماء وقدرها
الشرع بالحول لقوله عم لا زكوة في مال حتى يحول عليه الحول ولانه المتمكن به من الاستنماء لاشتماله على الفصول
المختلفة والغالب تفاوت الاسعار فيها فادير الحكم عليه ثم قيل هي واجبة على الفور لانه مقتضى مطلق
الامر وقيل على التراخي لان جميع العمر وقت الاداء ولهذا لا يضمن بهلاك النصاب بعد التفريط وليس على
الصبي والمجنون زكوة خلافا للشافعي رحمه الله فانه يقول هي غرامة مالية فتعتبر بسائر المؤن كنفقة الزوجات
فصار كالعشر والخراج ولنا انها عبادة فلا تتادى الا بالاختيار تحقيقا لمعنى الابتلاء ولا اختيار لهما
لعدم العقل بخلاف الخراج لانه مؤنة الارض وكذا الغالب في العشر معنى المؤنة ومعنى العبادة تابع ولو
افاق في بعض السنة فهو بمنزلة افاقته في بعض الشهر في الصوم وعن ابي يوسف رحمه الله يعتبر اكثر الحول ولا فرق
بين الاصلي والعارضي (ای الجنون العارضی والاصلی) وعن ابي حنيفة رحمه الله انه اذا بلغ مجنونا يعتبر الحول من وقت الافاقة بمنزلة الصبي اذا بلغ
وليس على المكاتب زكوة لانه ليس بمالك من كل وجه لوجود المنافي وهو الرق ولهذا لم يكن من اهله ان يعتق
عبده ومن كان عليه دين يحيط بماله فلا زكوة عليه وقال الشافعي رحمه الله تجب لتحقق السبب وهو ملك نصاب كامل نام
ولنا انه مشغول بحاجته الاصلية فاعتبر معدوما كالماء المستحق بالعطش وثياب المهنة وان كان ماله
اكثر من دينه زكى الفاضل اذا بلغ نصابا لفراغه عن الحاجة والمراد به دين له مطالب من جهة العباد حتى لا يمنع
دين النذر والكفارة ودين الزكوة مانع حال بقاء النصاب لانه ينتقص به النصاب وكذا بعد
الاستهلاك خلافا لزفر رحمه الله فيهما ولابي يوسف رحمه الله في الثاني على ما روي عنه لان له مطالبا وهو الامام في
السوائم ونائبه في اموال التجارة فان الملاك نوابه قال وليس في دور السكنى وثياب البدن واثاث
المنزل ودواب الركوب وعبيد الخدمة وسلاح الاستعمال زكوة لانها مشغولة بالحاجة الاصلية وليست
بنامية ايضا وعلى هذا كتب العلم لاهلها والات المحترفين لما قلنا ومن له على اخر دين فجحده سنين ثم قامت
له بينة لم يزكه لما مضى معناه صارت له بينة بان اقر عند الناس وهي مسئلة مال الضمار وفيه خلاف
زفر والشافعي رحمهما الله ومن جملته المال المفقود والابق والمغصوب اذا لم يكن عليه بينة والمال الساقط في البحر والمدفون
في المفازة اذا نسي مكانه والذي اخذه السلطان مصادرة ووجوب صدقة الفطر بسبب الابق والضال
والمغصوب على هذا الخلاف لهما ان السبب قد تحقق وفوات اليد غير مخل بالوجوب كمال ابن السبيل ولنا قول
علي رضي الله عنه لا زكوة في المال الضمار ولان السبب هو المال النامي ولا نماء الا بالقدرة على التصرف

ولا قدرة عليه وابن السبيل يقدر بنائبه والمدفون في البيت نصاب لتيسر الوصول اليه وفي المدفون
في ارض او كرم اختلاف المشايخ رحمهم الله ولو كان الدين على مقر ملئ او معسر تجب الزكوة لامكان الوصول
ابتداء او بواسطة التحصيل وكذا لو كان على جاحد وعليه بينة او علم به القاضي لما قلنا ولو
كان على مقر مفلس فهو نصاب عند ابي حنيفة رحمه الله لان تفليس القاضي لا يصح عنده وعند محمد رحمه الله لا تجب
لتحقق الافلاس عنده بالتفليس وابو يوسف مع محمد رحمه الله في تحقق الافلاس ومع ابي حنيفة رحمه الله في حكم الزكوة
رعاية لجانب الفقراء ومن اشترى جارية للتجارة ونواها للخدمة بطلت عنها الزكوة لاتصال
النية بالعمل وهو ترك التجارة وان نواها للتجارة بعد ذلك لم تكن للتجارة حتى يبيعها فيكون
في ثمنها زكوة لان النية لم تتصل بالعمل اذ هو لم يتجر فلم تعتبر ولهذا يصير المسافر مقيما بمجرد
النية ولا يصير المقيم مسافرا الا بالسفر وان اشترى شيئا ونواه للتجارة كان للتجارة لاتصال
النية بالعمل بخلاف ما اذا ورث ونوى التجارة لانه لا عمل ولو ملكه بالهبة او بالوصية او النكاح
او الخلع او الصلح عن القود ونواه للتجارة كان للتجارة عند ابي يوسف رحمه الله لاقترانها بالعمل وعند
محمد رحمه الله لا يصير للتجارة لانها لم تقارن عمل التجارة وقيل الاختلاف على عكسه ولا يجوز اداء
الزكوة الا بنية مقارنة للاداء او مقارنة لعزل مقدار الواجب لان الزكوة عبادة فكان من شرطها
النية والاصل فيها الاقتران الا ان الدفع يتفرق فاكتفي بوجودها حالة العزل تيسيرا كتقديم النية
في الصوم ومن تصدق بجميع ماله لا ينوي الزكوة سقط فرضها عنه استحسانا لان الواجب جزء منه
فكان متعينا فيه فلا حاجة الى التعيين ولو ادى بعض النصاب سقط زكوة المؤدى عند محمد رحمه الله لان الواجب
شائع في الكل وعند ابي يوسف رحمه الله لا تسقط لان البعض غير متعين لكون الباقي محلا للواجب بخلاف
الاول باب صدقة السوائم فصل في الابل قال ليس في اقل من خمس ذود صدقة فاذا
بلغت خمسا سائمة وحال عليها الحول ففيها شاة الى تسع فاذا كانت عشرا ففيها شاتان
الى اربع عشرة فاذا كانت خمس عشرة ففيها ثلث شياه الى تسع عشرة فاذا كانت عشرين ففيها
اربع شياه الى اربع وعشرين فاذا بلغت خمسا وعشرين ففيها بنت مخاض وهي التي طعنت
في الثانية الى خمس وثلثين فاذا كانت ستا وثلثين ففيها بنت لبون وهي التي طعنت في الثالثة
الى خمس واربعين فاذا كانت ستا واربعين ففيها حقة وهي التي طعنت في الرابعة الى ستين
فاذا كانت احدى وستين ففيها جذعة وهي التي طعنت في الخامسة الى خمس وسبعين فاذا كانت
ستا وسبعين ففيها بنتا لبون الى تسعين فاذا كانت احدى وتسعين ففيها حقتان الى مائة

بهذا اشتهرت كتب الصدقات من رسول الله صلى الله عليه وسلم
ثم اذا زادت على مائة وعشرين

وعشرين ثم تستأنف الفريضة فيكون في الخمس شاة مع الحقتين وفي العشر شاتان وفي خمس عشرة ثلاث شياه وفي
العشرين اربع شياه وفي خمس وعشرين بنت مخاض الى مائة وخمسين فيكون فيها ثلاث حقاق ثم تستأنف الفريضة
فيكون في الخمس شاة وفي العشر شاتان وفي خمس عشرة ثلاث شياه وفي العشرين اربع شياه وفي خمس وعشرين
بنت مخاض وفي ست وثلثين بنت لبون فاذا بلغت مائة وستا وتسعين ففيها اربع حقاق الى مائتين ثم تستأنف
الفريضة ابدا كما تستأنف في الخمسين التي بعد المائة والخمسين وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله اذا زادت على مائة
وعشرين واحدة ففيها ثلاث بنات لبون فاذا صارت مائة وثلثين ففيها حقة وبنتا لبون ثم يدار
الحساب على الاربعينات والخمسينات فيجب في كل اربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة لما روي انه عم كتب اذا
زادت الابل على مائة وعشرين ففي كل خمسين حقة وفي كل اربعين بنت لبون من غير شرط عود ما دونها ولنا
انه عليه السلام كتب في اخر ذلك في كتاب عمرو بن حزم فما كان اقل من ذلك ففي كل خمس ذود شاة فنعمل بالزيادة
والبخت والعراب سواء لان مطلق الاسم يتناولهما فصل في البقر ليس في اقل من ثلثين من البقر صدقة فاذا
كانت ثلثين سائمة وحال عليها الحول ففيها تبيع او تبيعة وهي التي طعنت في الثانية وفي اربعين
مسنة او مسن وهي التي طعنت في الثالثة بذلك امر رسول الله صلى الله عليه وسلم معاذا رضي الله عنه فاذا زادت على
اربعين وجب في الزيادة بقدر ذلك الى ستين عند ابي حنيفة رحمه الله ففي الواحدة الزائدة ربع عشر مسنة وفي
الاثنتين نصف عشر مسنة وهذه رواية الاصل لان العفو ثبت نصا بخلاف القياس ولا نص هنا و
روى الحسن عنه انه لا يجب في الزيادة شيء حتى تبلغ خمسين ثم فيها مسنة وربع مسنة او ثلث
تبيع لان مبنى هذا النصاب على ان يكون بين كل عقدين وقص وفي كل عقد واجب وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله لا شيء في الزيادة حتى تبلغ ستين وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله لقوله عليه السلام لمعاذ رضي الله عنه لا تأخذ
من اوقاص البقر شيئا وفسروه بما بين اربعين الى ستين قلنا قد قيل ان المراد منها الصغار ثم في الستين
تبيعان وفي سبعين مسنة وتبيع وفي ثمانين مسنتان وفي تسعين ثلاثة اتبعة وفي المائة تبيعان ومسنة
وعلى هذا يتغير الفرض في كل عشرة من تبيع الى مسنة ومن مسنة الى تبيع لقوله عليه السلام في كل ثلثين من البقر تبيع او تبيعة
وفي كل اربعين مسن او مسنة والجواميس والبقر سواء لان اسم البقر يتناولها اذ هو نوع منه الا ان اوهام الناس لا تسبق
اليه في ديارنا لقلته فلذلك لا يحنث في يمينه لا ياكل لحم بقر فصل في الغنم ليس في اقل من اربعين من الغنم السائمة
صدقة فاذا كانت اربعين سائمة وحال عليها الحول ففيها شاة الى مائة وعشرين فاذا زادت واحدة ففيها
شاتان الى مائتين فاذا زادت واحدة ففيها ثلث شياه فاذا بلغت اربع مائة ففيها اربع شياه ثم في كل
مائة شاة شاة هكذا ورد البيان في كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي كتاب ابي بكر رضي الله عنه وعليه انعقد الاجماع والضان والمعز

سواء لان لفظ الغنم شامل للكل والنص ورد به ويؤخذ الثني في زكوتها ولا يؤخذ الجذع والثني
منها ما تمت له سنة والجذع ما اتى عليه اكثرها وعن ابي حنيفة رح وهو قولهما انه يؤخذ الجذع لقوله ع
انما حقنا الجذع والثني ولانه يتأدى به الاضحية فكذا الزكوة وجه الظاهر حديث علي رضي الله عنه موقوفا
ومرفوعا لا يؤخذ في الزكوة الا الثني فصاعدا ولان الواجب هو الوسط وهذا من الصغار ولهذا
لا يجوز فيه الجذع من المعز وجواز التضحية به عرف نصا والمراد بما روى الجذعة من الابل ويؤخذ من زكوة
الغنم الذكور والاناث لان اسم الشاة ينتظمهما وقد قال عليه السلام في اربعين شاة شاة والله
اعلم فصل في الخيل اذا كانت الخيل سائمة ذكورا واناثا فصاحبها بالخيار ان شاء اعطى من كل فرس
دينارا وان شاء قومها واعطى من كل مائتي درهم خمسة دراهم وهذا عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر رح وقالا
لا زكوة في الخيل لقوله ع ليس على المسلم في عبده ولا في فرسه صدقة وله قوله ع في كل فرس سائمة دينار
او عشرة دراهم وتأويل ما روياه فرس الغازي وهو المنقول عن زيد بن ثابت رض والتخيير بين الدينار
والتقويم مأثور عن عمر رضي الله عنه وليس في ذكورها منفردة زكوة لانها لا تتناسل وكذا في الاناث
المنفردات في رواية وعنه الوجوب فيها لانها تتناسل بالفحل المستعار بخلاف الذكور وعنه تجب في الذكور المنفردة
ايضا ولا شيء في البغال والحمير لقوله ع لم ينزل علي فيهما شيء والمقادير تثبت سماعا الا ان تكون للتجارة
لان الزكوة حينئذ تتعلق بالمالية كسائر اموال التجارة فصل وليس في الفصلان والحملان والعجاجيل
صدقة عند ابي حنيفة رح وهذا آخر اقواله وهو قول محمد رح وكان يقول اولا يجب فيها ما يجب في المسان وهو
قول زفر ومالك رح ثم رجع وقال فيها واحدة منها وهو قول ابي يوسف والشافعي رح وجه قوله الاول
ان الاسم المذكور في الخطاب ينتظم الصغار والكبار ووجه الثاني تحقيق النظر من الجانبين كما يجب في المهازيل
واحدة منها ووجه الاخير ان المقادير لا يدخلها القياس فاذا امتنع ايجاب ما ورد به الشرع امتنع
اصلا واذا كان فيها واحدة من المسان جعل الكل تبعا له في انعقادها نصابا دون تأدية الزكوة ثم عند
ابي يوسف رح لا يجب فيما دون الاربعين من الحملان وفيما دون الثلاثين من العجاجيل ويجب في خمس وعشرين
من الفصلان واحد ثم لا يجب شيء حتى يبلغ مبلغا لو كانت مسان يثنى الواجب ثم لا يجب شيء حتى يبلغ
مبلغا لو كانت مسان يثلث الواجب ولا يجب فيما دون خمس وعشرين في رواية وعنه انه يجب في
الخمس خمس فصيل وفي العشر خمسا فصيل على هذا الاعتبار وعنه انه ينظر الى قيمة خمس فصيل في الخمس
والى قيمة شاة فيجب اقلهما وفي العشر الى قيمة شاتين والى قيمة خمسي فصيل على هذا الاعتبار
قال ومن وجب عليه سن فلم توجد اخذ المصدق اعلى منها ورد الفضل او اخذ دونها

واخذ

اداء القيمة مكان المنصوص عليه في الزكوة والصدقات والنذور والكفارات جائز لا على ان القيمة
بدل عن الواجب لان المصير الى البدل انما يجوز عند عدم الاصل واداء القيمة مع وجود عين منصوص عليه
في ملكه جائز فكان الواجب عندنا احد شيئين اما العين او القيمة اكمل الدرر

واخذ الفضل وهذا يبتنى على ان اخذ القيمة في باب الزكوة جائز عندنا على ما نذكر ان شاء الله تعالى الا ان
في الوجه الاول له ان لا يأخذ ويطالب بعين الواجب او بقيمته لانه شراء وفي الوجه الثاني يجبر لانه
لا بيع فيه بل هو اعطاء بالقيمة ويجوز دفع القيم في الزكوة عندنا وكذا في الكفارات وصدقة الفطر والعشر
والنذور وقال الشافعي رح لا يجوز اتباعا للمنصوص كما في الهدايا والضحايا ولنا ان الامر بالاداء
الى الفقير ايصال للرزق الموعود اليه فيكون ابطالا لقيد الشاة وصار كالجزية بخلاف الهدايا
لان القربة فيها اراقة الدم وهو لا يعقل ووجه القربة في المتنازع فيه سد خلة المحتاج وهو
معقول وليس في العوامل والعلوفة صدقة خلافا لمالك رح له ظواهر النصوص ولنا قوله ع
ليس في الحوامل والعلوفة ولا في البقر المثيرة صدقة ولان السبب هو المال النامي ودليله
الاسامة او الاعداد للتجارة ولم يوجد ولان في العلوفة تتراكم المؤنة فينعدم النماء معنى ثم
السائمة هي التي تكتفي بالرعي في اكثر الحول حتى لو علفها نصف الحول او اكثر كان علوفة لان
القليل تابع للكثير ولا يأخذ المصدق خيار المال ولا رذالته ويأخذ الوسط لقوله ع لا تأخذوا
من حزرات اموال الناس اي كرائمها وخذوا من حواشي اموالهم اي اوساطها ولان فيه
نظرا من الجانبين قال ومن كان له نصاب فاستفاد في اثناء الحول من جنسه ضمه اليه وزكاه به
وقال الشافعي رح لا يضم لانه اصل في حق الملك فكذا في وظيفته بخلاف الاولاد والارباح لانها تابعة
في الملك حتى ملكت بملك الاصل ولنا ان المجانسة هي العلة في الاولاد والارباح لان عندها يتعسر
المميز فيتعسر اعتبار الحول لكل مستفاد وما شرط الحول الا للتيسير قال والزكوة عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله في النصاب دون العفو وقال محمد وزفر رح فيهما حتى لو هلك العفو وبقي النصاب
بقي كل الواجب عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعند محمد وزفر رح يسقط بقدره لمحمد رح ان الزكوة وجبت شكرا
لنعمة المال والكل نعمة ولهما قوله عليه السلام في خمس من الابل السائمة شاة وليس في الزيادة شيء حتى تبلغ عشرا
وهكذا قال في كل نصاب نفى الوجوب عن العفو ولان العفو تبع للنصاب فيصرف الهلاك اولا الى التبع
كالربح في مال المضاربة ولهذا قال ابو حنيفة يصرف الهلاك بعد العفو الى النصاب الاخير ثم الى الذي
يليه الى ان ينتهي الى الاول لان الاصل هو النصاب الاول وما زاد عليه تابع وعند ابي يوسف رح
يصرف الى العفو اولا ثم الى النصب شائعا واذا اخذ الخوارج الخراج وصدقة السوائم لا يثنى عليهم
لان الامام لم يحمهم والجباية بالحماية وافتوا بان يعيدوها دون الخراج لانهم مصارف الخراج لكونهم
مقاتلة والزكوة مصرفها الفقراء ولا يصرفونها اليهم وقيل اذا نوى بالدفع التصدق عليهم سقط عنه

لانهم يحاربون الكفار

وكذلك السلطان اذا صادر رجلا واخذ منه اموالا فنوى صاحب المال الزكوة عند الدفع سقط الزكوة عنه لانهم بما عليهم من التبعات فقراء فانهم اذا ردوا المظالم التي اخذوه منهم لم يبق شيء والتبعات الحقوق التي عليهم كالديون والمغصوب والتبعة ما اتبع به من الحق

وكذا الدفع الى كل جائر لانهم بما عليهم من التبعات فقراء والاول احوط وليس على الصبي من بني
تغلب في سائمته شيء وعلى المرأة ما على الرجل منهم لان الصلح قد جرى على ضعف ما يؤخذ من
المسلمين ويؤخذ من المسلمين دون صبيانهم وان هلك المال بعد وجوب الزكوة سقط
الزكوة وقال الشافعي رحمه الله يضمن اذا هلك بعد التمكن من الاداء لان الواجب في الذمة فصار
كصدقة الفطر ولانه منعه بعد الطلب فصار كما في الاستهلاك ولنا ان الواجب جزء من النصاب
تحقيقا للتيسير فيسقط بهلاك محله كدفع العبد بالجناية يسقط بهلاكه والمستحق فقير يعينه المالك
ولم يتحقق منه الطلب وبعد طلب الساعي قيل يضمن وقيل لا يضمن لانعدام التفويت وفي الاستهلاك
وجد التعدي وفي هلاك البعض يسقط بقدره اعتبارا له بالكل وان قدم الزكوة على الحول وهو
مالك للنصاب جاز لانه ادى بعد سبب الوجوب فيجوز كما اذا كفر بعد الجرح وفيه خلاف مالك رحمه الله ويجوز
التعجيل لاكثر من سنة لوجود السبب ويجوز لنصب اذا كان في ملكه نصاب واحد خلافا لزفر رحمه الله لان
النصاب الاول هو الاصل في السببية والزائد عليه تبع له باب زكوة المال فصل في الفضة ليس فيما دون
خمس اواق صدقة والاوقية اربعون درهما واذا كانت مائتين وحال عليها الحول ففيها خمسة دراهم
لانه كتب الى معاذ رضي الله عنه ان خذ من كل مائتي درهم خمسة دراهم ومن كل عشرين مثقالا من ذهب نصف مثقال
قال ولا شيء في الزيادة حتى تبلغ اربعين فيكون فيها درهم ثم في كل اربعين درهما درهم وهذا عند ابي حنيفة
وقال صاحباه ما زاد على المائتين فزكوته بحسابه وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام في حديث علي رضي الله
عنه وما زاد على المائتين فبحسابه ولان الزكوة وجبت شكرا لنعمة المال واشتراط النصاب في الابتداء
لتحقق الغناء وبعد النصاب في السوائم تحرزا عن التشقيص ولابي حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام في حديث معاذ رضي
لا تأخذ من الكسور شيئا وفي حديث عمرو بن حزم ليس فيما دون الاربعين صدقة ولان الحرج مدفوع وفي
ايجاب الكسور ذلك لتعذر الوقوف والمعتبر في الدراهم وزن سبعة وهو ان يكون العشرة منها وزن سبعة
مثاقيل بذلك جرى التقدير في ديوان عمر رضي الله عنه واستقر الامر عليه واذا كان الغالب على الورق الفضة
فهو في حكم الفضة واذا كان الغالب الغش فهو في حكم العروض يعتبر ان تبلغ قيمته نصابا لان الدراهم
لا تخلو عن قليل غش لانها لا تنطبع الا به وتخلو عن الكثير فجعلنا الغلبة فاصلة وهو ان يزيد
على النصف اعتبارا للحقيقة وسنذكره في الصرف ان شاء الله تعالى الا ان في غالب الغش لابد
من نية التجارة كما في سائر العروض الا اذا كان يخلص منها فضة تبلغ نصابا لانه لا يعتبر في عين الفضة
القيمة ولا نية التجارة فصل في الذهب ليس فيما دون عشرين مثقالا من ذهب صدقة فاذا

كانت

فاذا كانت عشرين مثقالا ففيها نصف مثقال لما روينا والمثقال ما يكون كل سبعة منها وزن عشرة
دراهم وهو المعروف ثم في كل اربعة مثاقيل قيراطان لان الواجب ربع العشر وذلك فيما قلنا اذ كل
مثقال عشرون قيراطا وليس فيما دون اربعة مثاقيل صدقة عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يجب بحسابه
وهي مسئلة الكسور وكل دينار عشرة دراهم في الشرع فيكون اربعة مثاقيل في هذا كاربعين درهما
قال وفي تبر الذهب والفضة وحليهما واوانيهما الزكوة وقال الشافعي رحمه الله لا يجب في حلي النساء
وخاتم الفضة للرجال لانه مبتذل في مباح فشابه ثياب البذلة ولنا ان السبب مال نام ودليل النماء
موجود وهو الاعداد للتجارة خلقة والدليل هو المعتبر بخلاف الثياب فصل في العروض الزكوة واجبة
في عروض التجارة كائنة ما كانت اذا بلغت قيمتها نصابا من الورق او الذهب لقوله عليه السلام فيها يقومها فيؤدي
من كل مائتي درهم خمسة دراهم ولانها معدة للاستنماء باعداد العبد فاشبه المعد باعداد الشرع وتشترط نية
التجارة ليثبت الاعداد ثم قال يقومها بما هو انفع للمساكين احتياطا لحق الفقراء قال رضي الله عنه وهذا رواية
عن ابي حنيفة رحمه الله وفي الاصل خيره لان الثمنين في تقدير قيم الاشياء بهما سواء وتفسير الانفع ان يقومها بما
يبلغ نصابا وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقومها بما اشترى ان كان الثمن من النقود لانه ابلغ في معرفة المالية وان
اشتراها بغير النقود قومها بالنقد الغالب وعن محمد رحمه الله انه يقومها بالنقد الغالب على كل حال كما في المغصوب و
المستهلك واذا كان النصاب كاملا في طرفي الحول فنقصانه فيما بين ذلك لا يسقط الزكوة لانه يشق اعتبار
الكمال في اثنائه اما لا بد منه في ابتدائه للانعقاد وتحقق الغنى وفي انتهائه للوجوب ولا كذلك فيما بين
ذلك لانه حالة البقاء وتضم قيمة العروض الى الذهب والفضة لان الوجوب في الكل باعتبار التجارة وان
افترقت جهة الاعداد وتضم الذهب الى الفضة للمجانسة من حيث الثمنية ومن هذا الوجه صار سببا ثم تضم بالقيمة
عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما بالاجزاء وهو رواية عنه حتى ان من كان له مائة درهم وخمسة مثاقيل ذهب
تبلغ قيمتها مائة درهم فعليه الزكوة عنده خلافا لهما هما يقولان المعتبر فيهما القدر دون القيمة حتى لا تجب الزكوة
في مصوغ وزنه اقل من مائتين وقيمته فوقها هو يقول ان الضم للمجانسة وهي تتحقق فيضم بها باب فيمن يمر
على العاشر اذا مر على العاشر بمال فقال اصبته منذ اشهر او علي دين وحلف صدق فالعاشر من
نصبه الامام على الطريق ليأخذ الصدقات من التجار فمن انكر منهم تمام الحول او الفراغ من الدين كان منكرا للوجوب
والقول قول المنكر مع اليمين وكذا اذا قال اديتها الى عاشر آخر ومراده اذا كان في تلك السنة عاشر آخر
لانه ادعى وضع الامانة موضعها بخلاف ما اذا لم يكن عاشر آخر في تلك السنة لانه ظهر كذبه بيقين وكذا اذا قال
اديتها انا يعني الى الفقراء في المصر لان الاداء كان مفوضا اليه فيه وولاية الاخذ بالمرور لدخوله تحت الحماية
وكذا الجواب في صدقة السوائم في ثلثة فصول وفي الفصل الرابع وهو ما اذا قال اديت بنفسي الى الفقراء لا يصدق وان

بحسابه

باعتبار القيمة دون الصورة

وهي فصل اصبته منذ اشهر وفصل علي دين وفصل اديت الى عاشر اخر وفي الفصل الرابع وهو قوله اديتها انا الى الفقراء

وقال الشافعي رحمه الله يصدق لانه اوصل الحق الى المستحق ولنا ان حق الاخذ للسلطان فلا يملك ابطاله بخلاف
الاموال الباطنة ثم قيل الزكوة هو الاول والثاني سياسة وقيل هو الثاني والاول ينقلب نفلا وهو الصحيح
ثم فيما يصدق في السوائم واموال التجارة لم يشترط اخراج البراءة في الجامع الصغير وشرطه في الاصل وهو
رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله لانه ادعى ولصدق دعواه علامة فيجب ابرازها وجه الاول ان الخط يشبه
الخط فلم يعتبر علامة قال وما صدق فيه المسلم صدق فيه الذمي لان ما يؤخذ منه ضعف ما يؤخذ من
المسلم فتراعى تلك الشرائط تحقيقا للتضعيف ولا يصدق الحربي الا في الجواري يقول هن امهات اولادي
لان الاخذ منه بطريق الحماية وما في يده من المال يحتاج الى الحماية غير ان اقراره بنسب من في يده منه صحيح فكذا
بامومية الولد لانه تبتنى عليه فانعدمت صفة المالية فيهن والاخذ لا يجب الا من المال قال ويؤخذ من
المسلم ربع العشر ومن الذمي نصف العشر ومن الحربي العشر هكذا امر عمر رضي الله عنه سعاته وان مر حربي بخمسين
درهما لم يؤخذ منه شيء الا ان يكونوا ياخذون منا من مثلها لان الاخذ منهم بطريق المجازاة بخلاف المسلم
والذمي لان المأخوذ زكوة او ضعفها فلا بد من النصاب وهذا في الجامع الصغير وفي كتاب الزكوة لا ناخذ
من القليل وان كانوا ياخذون منه لان القليل لم يزل عفوا ولانه لا يحتاج الى الحماية قال وان مر
حربي بمائتي درهم ولا يعلم كم ياخذون منا ناخذ منه العشر لقول عمر رضي الله عنه فان
اعياكم فالعشر وان علم انهم ياخذون منا ربع العشر او نصف العشر ناخذ بقدره وان كانوا ياخذون
الكل لا ناخذ الكل لانه غدر وان كانوا لا ياخذون اصلا لا ناخذ ليتركوا الاخذ من تجارنا
ولانا احق بمكارم الاخلاق قال وان مر الحربي على عاشر فعشره ثم مر مرة اخرى لم يعشره
حتى يحول الحول عليه لان الاخذ في كل مرة استئصال المال وحق الاخذ لحفظه ولان حكم الامان
الاول باق وبعد الحول يتجدد الامان لانه لا يمكن من المقام الا حولا والاخذ بعد الحول لا يستاصل
المال وان عشره فرجع الى دار الحرب ثم خرج من يومه ذلك عشره ايضا لانه رجع بامان
جديد وكذا الاخذ بعده لا يفضي الى الاستئصال قال وان مر ذمي بخمر او خنزير عشر الخمر
دون الخنزير وقوله عشر الخمر اي من قيمتها وقال الشافعي رحمه الله لا يعشرهما لانه لا قيمة لهما
وقال زفر رحمه الله يعشرهما لاستوائهما في المالية عندهم وقال ابو يوسف رحمه الله يعشرهما اذا مر بهما
جملة كانه جعل الخنزير تبعا للخمر وان مر بكل واحد على الانفراد عشر الخمر دون الخنزير ووجه
ظاهر الرواية ان القيمة في ذوات القيم لها حكم العين والخنزير منها وفي ذوات
الامثال ليس لها هذا الحكم والخمر منها ولان حق الاخذ للحماية والمسلم يحمي خمر نفسه للتخليل فكذا
يحميها على غيره ولا يحمي خنزير نفسه بل يجب تسييبه بالاسلام فكذا لا يحميه على غيره ولو مر صبي

او امراة

او امراة من بني تغلب بمال فليس على الصبي شيء وعلى المرأة ما على الرجل لما ذكرنا في السوائم ومن مر على
عاشر بمائة درهم واخبره ان له في منزله مائة اخرى وقد حال عليها الحول لم يزك المائة
التي مر بها لقلته وما في بيته لم يدخل تحت حمايته فلو مر بمائتي درهم بضاعة لم يعشرها الا ان يخبر انه
ماذون باداء زكوته قال وكذا المضاربة يعني اذا مر المضارب به وكان ابو حنيفة
رحمه الله يقول يعشرها لقوة حق المضارب حتى لا يملك رب المال نهيه عن التصرف فيه بعدما
صار عروضا فنزل منزلة المالك ثم رجع الى ما ذكر في الكتاب وهو قولهما لانه ليس بمالك ولا نائب
عنه في اداء الزكوة الا ان يكون في المال ربح يبلغ نصيبه نصابا فيؤخذ منه لانه مالك له ولو
مر عبد ماذون له بمائتي درهم وليس عليه دين عشره قال ابو يوسف لا ادري ان ابا
حنيفة رحمه الله رجع عن هذا ام لا وقياس قوله الثاني في المضاربة وهو قولهما انه لا يعشره
لان الملك فيما في يده للمولى وله التصرف فصار كالمضارب وقيل في الفرق بينهما ان العبد
يتصرف لنفسه حتى لا يرجع بالعهدة على المولى فكان هو المحتاج الى الحماية والمضارب يتصرف
بحكم النيابة حتى يرجع بالعهدة فكان رب المال هو المحتاج فلا يكون الرجوع في المضارب
رجوعا منه في العبد وان كان معه مولاه يؤخذ منه لان الملك له الا اذا كان على العبد
دين يحيط بماله لانعدام الملك او للشغل قال ومن مر على عاشر الخوارج في ارض قد غلبوا عليها فعشره
يثنى عليه الصدقة معناه اذا مر على عاشر اهل العدل لان التقصير جاء من قبله حيث مر عليهم باب في المعادن
والركاز قال معدن ذهب او فضة او حديد او رصاص او صفر وجد في ارض خراج او عشر ففيه
الخمس عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا شيء عليه لانه مباح سبقت يده اليه كالصيد الا اذا كان المستخرج
ذهبا او فضة فيجب فيه الزكوة ولا يشترط الحول في قول لانه نماء كله والحول للتنمية ولنا قوله
عليه السلام وفي الركاز الخمس وهو من الركز فاطلق على المعدن ولانها كانت في ايدي الكفرة وحوتها ايدينا غلبة
فكانت غنيمة وفي الغنائم الخمس بخلاف الصيد لانه لم يكن في يد احد الا ان للغانمين يدا حكمية لثبوتها
على الظاهر واما الحقيقية فللواجد فاعتبرنا الحكمية في حق الخمس والحقيقية في حق اربعة الاخماس حتى
كانت للواجد ولو وجد في داره معدنا فليس فيه شيء عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد
رحمهما الله فيه الخمس لاطلاق ما روينا وله انه من اجزاء الارض مركب فيها ولا مؤنة في سائر الاجزاء
فكذا في هذا الجزء لان الجزء لا يخالف الجملة بخلاف الكنز لانه غير مركب فيه وان وجد في ارضه
فعن ابي حنيفة رحمه الله روايتان ووجه الفرق على احديهما وهو رواية الجامع الصغير ان الدار ملكت

٣ اشارة الى ما ذكرنا انه للغانمين من حيث الحكمية وللواجد من حيث الصفة فيكون فيه الخمس والباقي للواجد ١٢

خالية عن المؤن دون الأرض ولهذا وجب العشر والخراج في الأرض دون الدار فكذا هذه المؤنة وإن
وجد ركازا أي كنزا وجب فيه الخمس عندهم لما روينا واسم الركاز ينطلق على الكنز لمعنى الركز فيه وهو الإثبات
ثم إن كان على ضرب أهل الإسلام كالمكتوب عليه كلمة الشهادة فهو بمنزلة اللقطة وقد عرف
حكمه في موضعه وإن كان على ضرب أهل الجاهلية كالمنقوش عليه الصنم ففيه الخمس على كل حال لما بينا
ثم إن وجده في أرض مباحة فأربعة أخماسه للواجد لأنه تم الإحراز منه إذ لا علم به للغانمين
فيختص هو به وإن وجده في أرض مملوكة فكذا الحكم عند أبي يوسف رح لأن الاستحقاق بتمام الحيازة وهي منه
وعند أبي حنيفة ومحمد رح هو للمختط له وهو الذي ملكه الإمام هذه البقعة أول الفتح لأنه
سبقت يده إليه وهي يد الخصوص فيملك به ما في الباطن وإن كانت على الظاهر كمن اصطاد سمكة في بطنها
درة ثم بملكه الدرة بالبيع لم تخرج عن ملكه لأنه مودع فيها بخلاف المعدن لأنه من أجزائها فينتقل
إلى المشتري وإن لم يعرف المختط له يصرف إلى أقصى مالك يعرف في الإسلام على ما قالوا ولو
اشتبه الضرب يجعل جاهليا في ظاهر المذهب لأنه الأصل وقيل إسلاميا في زماننا لتقادم
العهد ومن دخل دار الحرب بأمان فوجد في دار بعضهم ركازا رده عليهم تحرزا عن الغدر لأن
ما في الدار في يد صاحبها خصوصا وإن وجده في الصحراء فهو له لأنه ليس في يد أحد على الخصوص فلا
يعد غدرا ولا شيء فيه لأنه بمنزلة متلصص غير مجاهر وليس في الفيروزج يوجد في الجبال خمس لقوله عم
لا خمس في الحجر وفي الزيبق الخمس في قول أبي حنيفة رح آخرا خلافا لأبي يوسف رح ولا خمس في اللؤلؤ والعنبر عند أبي
حنيفة رح ومحمد وقال أبو يوسف فيهما وفي كل حلية تخرج من البحر خمس لأن عمر رضي الله عنه أخذ الخمس من العنبر
ولهما أن قعر البحر لم يرد عليه القهر فلا يكون المأخوذ منه غنيمة وإن كان ذهبا أو فضة والمروي عن عمر رضي الله عنه
فيما دسره البحر وبه نقول متاع وجد ركازا فهو للذي وجده وفيه الخمس معناه وجد في أرض لا مالك
له لأنه غنيمة بمنزلة الذهب والفضة

باب زكوة الزروع والثمار

قال أبو حنيفة رح في قليل ما أخرجته
الأرض وكثيره العشر سواء سقي سيحا أو سقته السماء إلا الحطب والقصب والحشيش وقالا لا
يجب العشر إلا فيما له ثمرة باقية إذا بلغ خمسة أوسق والوسق ستون صاعا بصاع رسول الله عم وليس
في الخضراوات عندهما عشر فالخلاف في الموضعين في اشتراط النصاب وفي اشتراط البقاء لهما في
الأول قوله عم ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة ولأنه صدقة فيشترط النصاب لتحقق الغناء ولأبي حنيفة
قوله عم ما أخرجت الأرض ففيه العشر من غير فصل وتأويل ما روياه زكوة التجارة لأنهم كانوا يتبايعون
بالأوساق وقيمة الوسق أربعون درهما ولا معتبر بالمالك فيه فكيف بصفته وهو الغناء ولهذا

لا يشترط

لا يشترط الحول لأنه للاستنماء وهو كله نماء ولهما في الثاني قوله عم ليس في الخضراوات صدقة
والزكوة غير منفية فتعين العشر وله ما روينا ومرويهما محمول على صدقة يأخذها العاشر
وبه أخذ أبو حنيفة رح فيه ولأن الأرض قد تستنمى بما لا يبقى والسبب هي الأرض النامية ولهذا
يجب فيها الخراج أما الحطب والقصب والحشيش لا تستنبت في الجنان عادة بل تنفى عنها حتى لو اتخذها
مقصبة أو مشجرة أو منبتا للحشيش يجب فيها العشر والمراد بالمذكور القصب الفارسي أما قصب
السكر وقصب الذريرة ففيهما العشر لأنه يقصد بهما استغلال الأرض بخلاف السعف والتبن لأن
المقصود الحب والثمر دونهما قال وما سقي بغرب أو دالية أو سانية ففيه نصف العشر على القولين لأن
المؤنة تكثر فيه وتقل فيما يسقى بالسماء أو سيحا وإن سقي سيحا وبدالية فالمعتبر أكثر السنة كما هو
في السائمة قال أبو يوسف رح فيما لا يوسق كالزعفران والقطن يجب فيه العشر إذا بلغت قيمته قيمة خمسة
أوسق من أدنى ما يوسق كالذرة في زماننا لأنه لا يمكن التقدير الشرعي فيه فاعتبرت قيمته كما
في عروض التجارة وقال محمد رح يجب العشر إذا بلغ الخارج خمسة أعداد من أعلى ما يقدر به نوعه فاعتبر
في القطن خمسة أحمال كل حمل ثلاث مائة من وفي الزعفران خمسة أمناء لأن التقدير بالوسق
كان باعتبار أنه أعلى ما يقدر به وفي العسل العشر إذا أخذ من أرض العشر وقال الشافعي رح
لا يجب لأنه متولد من الحيوان فأشبه الإبريسم ولنا قوله عم في العسل العشر ولأن النحل
يتناول من الأنوار والثمار وفيهما العشر فكذا فيما يتولد منهما بخلاف دود القز لأنه يتناول
الأوراق ولا عشر فيها ثم عند أبي حنيفة رح يجب فيه العشر قل أو كثر لأنه لا يعتبر النصاب وعن
أبي يوسف رح أنه يعتبر فيه القيمة كما هو أصله وعنه أنه لا شيء فيه حتى يبلغ عشر قرب لحديث بني شبابة
كانوا يؤدون إلى رسول الله عم كذلك وعنه خمسة أفراق كل فرق ستة وثلثون رطلا لأنه أقصى
ما يقدر به وكذا في قصب السكر وما يوجد في الجبال من العسل والثمار ففيه العشر وعن أبي يوسف رح أنه لا يجب
لانعدام السبب وهو الأرض النامية وجه الظاهر أن المقصود حاصل وهو الخارج وكل شيء أخرجته
الأرض مما فيه العشر لا يحتسب فيه أجر العمال ونفقة البقر لأن النبي عم حكم بتفاوت الواجب لتفاوت
المؤنة فلا معنى لرفعها تغلبي له أرض عشر عليه العشر مضاعفا عرف ذلك بإجماع الصحابة رضي
الله عنهم وعن محمد رح أن فيما اشتراه التغلبي من المسلم عشرا واحدا لأن الوظيفة عنده لا تتغير
بتغير المالك فإن اشتراها منه ذمي فهي على حالها عندهم لجواز التضعيف عليه في الجملة كما إذا مر
على العاشر وكذا إذا اشتراها منه مسلم أو أسلم التغلبي عند أبي حنيفة رح كان التضعيف أصليا

اوعادتا لان التضعيف صار وظيفة لها فتنتقل الى المسلم بما فيها كالخراج وقال ابو يوسف رح يعود
الى عشر واحد لزوال الداعي الى التضعيف قال في الكتاب وهو قول محمد رح فيما صح عنه قال رضي
الله عنه اختلف النسخ في بيان قوله والاصح انه في بيان قوله والاصح انه مع ابي حنيفة رح في بقاء
التضعيف الا ان قوله لا يتاتى الا في الاصلي لان التضعيف الحادث لا يتحقق عنده لعدم تغير
الوظيفة ولو كانت الارض لمسلم باعها من نصراني يريد به ذميا غير تغلبي وقبضها فعليه الخراج عند ابي حنيفة رح
لانه اليق بحال الكافر وعند ابي يوسف رح عليه العشر مضاعفا ويصرف مصارف الخراج اعتبارا بالتغلبي وهذا
اهون من التبديل وعند محمد رح هي عشرية على حالها لانه صار مؤنة لها فلا يتبدل كالخراج ثم في رواية عن محمد
يصرف مصارف الصدقات وفي رواية مصارف الخراج فان اخذها منه مسلم بالشفعة او ردت على
البائع لفساد البيع فهي عشرية كما كانت اما الاول فلتحول الصفقة الى الشفيع كانه اشتراها واما الثاني فلانه
بالرد والفسخ بحكم الفساد جعل البيع كان لم يكن ولان حق المسلم لم ينقطع بهذا الشراء لكونه مستحق الرد واذا كانت
لمسلم دار خطة فجعلها بستانا فعليه العشر معناه اذا سقاه بماء العشر اما اذا كانت تسقى بماء الخراج ففيها
الخراج لان المؤنة في مثل هذا تدور مع الماء وليس على المجوسي في داره شيء لان عمر رضي الله عنه جعل المساكن
عفوا وان جعلها بستانا فعليه الخراج وان سقاه بماء العشر لتعذر ايجاب العشر اذ فيه معنى القربة فتعين الخراج
وهو عقوبة تليق بحاله وعلى قياس قولهما يجب العشر في الماء العشري الا ان عند محمد رح عشر واحد وعند ابي
يوسف رح عشران وقد مر الوجه ثم الماء العشري ماء السماء والابار والعيون والبحار التي لا تدخل تحت
ولاية احد والماء الخراجي ماء الانهار التي شقها الاعاجم وماء جيحون وسيحون ودجلة والفرات عشري عند محمد رح
لانه لا يحميها احد كالبحار وخراجي عند ابي يوسف رح لانه يتخذ عليها القناطر من السفن وهذا يد عليها وفي
ارض الصبي والمراة التغلبيين ما في ارض الرجل يعني العشر المضاعف في العشرية والخراج الواحد في
الخراجية لان الصلح جرى على تضعيف الصدقة دون المؤنة المحضة ثم على الصبي والمراة اذا كانا
مسلمين العشر فيضعف العشر اذا كانا منهم قال وليس في عين القير والنفط لان الملك ولا يدفع الى
ولد غني اذا كان صغيرا لانه يعد غنيا بمال ابيه بخلاف ما اذا كان كبيرا فقيرا لانه لا يعد غنيا
بيسار ابيه وان كان نفقته عليه وبخلاف امراة الغني لانها اذا كانت فقيرة لا تعد غنية بيسار الزوج
وبقدر النفقة لا تصير موسرة ولا يدفع الى بني هاشم لقوله ع م يا بني هاشم ان الله تعالى حرم عليكم غسالة
الناس واوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس بخلاف التطوع لان المال ههنا كالماء يتدنس باسقاط الفرض
اما التطوع فبمنزلة التبرد بالماء قال وهم آل علي وآل عباس وآل جعفر وآل عقيل وآل الحارث بن عبد

المطلب ومواليهم اما هؤلاء فلانهم ينسبون الى هاشم بن عبد مناف ونسبة القبيلة اليه واما مواليهم فلما روي
ان مولى رسول الله ص م سأله أتحل لي الصدقة فقال لا انت مولانا بخلاف ما اذا اعتق القرشي عبدا نصرانيا
حيث يؤخذ منه الجزية ويعتبر حال المعتق لانه القياس والالحاق بالمولى بالنص وقد خص الصدقة قال ابو حنيفة
ومحمد رحمهما الله اذا دفع الزكوة الى رجل يظنه فقيرا ثم بان انه غني او هاشمي او كافر او دفع في ظلمة فبان
انه ابوه او ابنه فلا اعادة عليه وقال ابو يوسف رح عليه الاعادة لظهور خطائه بيقين وامكان
الوقوف على هذه الاشياء وصار كالاواني والثياب ولهما حديث معن بن يزيد فانه عليه السلام قال فيه
يا يزيد لك ما نويت ويا معن لك ما اخذت وقد دفع اليه وكيل ابيه صدقته ولان الوقوف
على هذه الاشياء بالاجتهاد دون القطع فيبنى الامر فيها على ما يقع عنده كما اذا اشتبهت عليه
القبلة وعن ابي حنيفة رح في غير الغني انه لا يجزيه والظاهر هو الاول وهذا اذا تحرى فدفع واكبر رايه انه مصرف
اما اذا شك فلم يتحر او تحرى فدفع وفي اكبر رايه انه ليس بمصرف لا يجزيه الا اذا علم انه فقير هو الصحيح
ولو دفع الى شخص ثم علم انه عبده او مكاتبه لا يجزيه لانعدام التمليك لعدم اهلية الملك وهو الركن
على ما مر ولا يجوز دفع الزكوة الى من يملك نصابا من اي مال كان لان الغنى الشرعي مقدر به والشرط
ان يكون فاضلا عن الحاجة الاصلية وانما النماء شرط الوجوب ويجوز دفعها الى من يملك اقل من ذلك
وان كان صحيحا مكتسبا لانه فقير والفقراء هم المصارف ولان حقيقة الحاجة لا يوقف عليها فادير
الحكم على دليلها وهو فقد النصاب ويكره ان يدفع الى واحد مائتي درهم فصاعدا وان دفع جاز
وقال زفر رح لا يجوز لان الغنى قارن الاداء فحصل الاداء الى الغني قال وان تغني به انسانا احب الي
معناه الاغناء عن السؤال يومه ذلك لان الاغناء مطلقا مكروه ويكره نقل الزكوة من بلد الى بلد وانما تفرق صدقة
كل قوم فيهم لما روينا فيه من حديث معاذ رضي الله عنه وفيه رعاية حق الجوار الا ان ينقلها الانسان
الى قرابته او الى قوم هم احوج من اهل بلده لما فيه من الصلة او زيادة دفع الحاجة ولو نقل الى غيرهم اجزاه
وان كان مكروها لان المصرف مطلق الفقراء بالنص باب صدقة الفطر صدقة الفطر واجبة على الحر المسلم
اذا كان مالكا لمقدار النصاب فاضلا عن مسكنه وثيابه واثاثه وفرسه وسلاحه وعبيده اما
وجوبها فلقوله ع م في خطبته ادوا عن كل حر وعبد صغير او كبير نصف صاع من بر او صاعا من شعير رواه
ثعلبة بن صعير العدوي ومثله يثبت الوجوب لعدم القطع وشرط الحرية ليتحقق التمليك والاسلام
ليقع قربة واليسار لقوله ع م لا صدقة الا عن ظهر غنى وهو حجة على الشافعي رح في قوله في الشرع
به فاضلا عما ذكر من الاشياء لانها مستحقة بالحاجة الاصلية كالمعدوم ولا يشترط فيه النماء ويتعلق

ولكن ان الغنى حكم الاداء استغنى لكنه يكره لقرب الغنى منه كمن صلى وبقربه نجاسة

او صاعا من تمر

تجب على من يملك زيادة على قوت يومه لنفسه وعياله وقدر اليسار بالنصاب لتقدر الغنى به صح

بهذا النصاب حرمان الصدقة ووجوب الأضحية والفطرة قال يخرج ذلك عن نفسه لحديث
ابن عمر رضي الله عنهما قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر على الذكر والأنثى الحديث ويخرج
عن أولاده الصغار لأن السبب رأس يمونه ويلي عليه لأنها تضاف إليه يقال زكاة الرأس وهي
أمارة السببية والإضافة إلى الفطر باعتبار أنه وقته ولهذا تتعدد بتعدد الرأس مع اتحاد اليوم والأصل
في الوجوب رأسه وهو يمونه ويلي عليه فيلحق به ما هو في معناه كأولاده الصغار لأنه يمونهم ويلي عليهم
ومماليكه لقيام الولاية والمؤنة وهذا إذا كانوا فقراء وإن كان لهم مال يؤدي من مالهم عند
أبي حنيفة وأبي يوسف خلافا لمحمد لأن الشرع أجراه مجرى المؤنة فأشبه النفقة ولا يؤدي عن زوجته
لقصور الولاية والمؤنة فإنه لا يليها في غير حقوق النكاح ولا يمونها في غير الرواتب كالمداواة ولا عن أولاده
الكبار وإن كانوا في عياله لانعدام الولاية ولو أدى عنهم أو عن زوجته بغير أمرهم أجزأه استحسانا
لثبوت الإذن عادة ولا يخرج عن مكاتبه لعدم الولاية ولا المكاتب عن نفسه لفقره وفي المدبر
ولاية المولى ثابتة فيخرج عنهما ولا يخرج عن مماليكه للتجارة خلافا للشافعي فإن عنده وجوبها
على العبد ووجوب الزكاة على المولى فلا تنافي وعندنا وجوبها على المولى بسببه كالزكاة فيؤدي إلى الثني
والعبد بين شريكين لا فطرة على واحد منهما لقصور الولاية والمؤنة في حق كل واحد منهما وكذا العبيد
بين اثنين عند أبي حنيفة وقالا على كل واحد منهما ما يخصه من الرؤوس دون الأشقاص بناء على
أنه لا يرى قسمة الرقيق وهما يريانها وقيل هو بالإجماع لأنه لا يجتمع النصيب قبل القسمة فلم تتم الرقبة
لكل واحد منهما ويؤدي المسلم صدقة الفطر عن عبده الكافر لإطلاق ما روينا ولقوله عليه السلام في حديث
ابن عباس رضي الله عنهما أدوا عن كل حر وعبد يهودي أو نصراني أو مجوسي الحديث ولأن السبب
قد تحقق والمولى من أهله وفيه خلاف الشافعي لأن الوجوب عنده على العبد وهو ليس من أهله ولو كان
على العكس فلا وجوب بالاتفاق ومن باع عبدا وأحدهما بالخيار ففطرته على من يصير له
معناه إذا مر يوم الفطر والخيار باق وقال زفر على من له الخيار لأن الولاية له وقال الشافعي
على من له الملك لأنه من وظائفه كالنفقة ولنا أن الملك موقوف لأنه لو رد يعود إلى قديم
ملك البائع ولو أجيز يثبت الملك للمشتري من وقت العقد فيتوقف ما يبتنى عليه بخلاف النفقة لأنها
للحاجة الناجزة فلا تقبل التوقف وزكاة التجارة على هذا الخلاف فصل في مقدار الواجب ووقته
الفطرة نصف صاع من بر أو دقيق أو سويق أو زبيب أو صاع من تمر أو شعير وقال أبو يوسف
ومحمد رحمهما الله الزبيب بمنزلة الشعير وهو رواية عن أبي حنيفة والأول رواية الجامع الصغير

وقال

رحه وقال الشافعي رحه من جميع ذلك صاع لحديث أبي سعيد الخدري رض قال كنا نخرج ذلك على عهد
رسول الله صلى الله عليه ولنا ما روينا وهو مذهب جماعة من الصحابة فيهم الخلفاء الراشدون
وما رواه محمول على الزيادة تطوعا وله في الزبيب أنه والتمر يتقاربان في المقصود وله أنه
أنه والبر يتقاربان في المعنى لأنه يؤكل كل واحد منهما ويلقى من التمر النواة ومن الشعير النخالة وبهذا ظهر
التفاوت بين التمر والبر ومراده من الدقيق والسويق ما يتخذ من البر أما دقيق الشعير كالشعير
والأولى أن يراعى فيهما القدر والقيمة احتياطا وإن نص على الدقيق في بعض الأخبار
ولم يبين ذلك في الكتاب اعتبارا للغالب والخبز يعتبر فيه القيمة هو الصحيح ثم يعتبر نصف
صاع من بر وزنا فيما يروى عن أبي حنيفة وعن محمد أنه يعتبر كيلا والدقيق أولى
من البر والدراهم أولى من الدقيق فيما يروى عن أبي يوسف وهو اختيار الفقيه أبي جعفر
لأنه أدفع للحاجة وأعجل به وعن أبي بكر الأعمش تفضيل الحنطة لأنه أبعد من الخلاف إذ في
الدقيق خلاف الشافعي والصاع عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ثمانية أرطال بالعراقي وقال أبو يوسف
خمسة أرطال وثلث رطل وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام صاعنا أصغر الصيعان ولنا ما روي
أنه عم كان يتوضأ بالمد رطلين ويغتسل بالصاع ثمانية أرطال وهكذا صاع عمر رضي الله عنه
وهو أصغر من الهاشمي وكانوا يستعملون الهاشمي قال ووجوب الفطرة يتعلق بطلوع الفجر
من يوم الفطر وقال الشافعي بغروب الشمس في اليوم الأخير من رمضان حتى من أسلم أو ولد ليلة
الفطر تجب فطرته عندنا وعنده لا تجب وعلى عكسه من مات فيها من مماليكه أو ولده له أنه يختص
بالفطر وهذا وقته ولنا أن الإضافة للاختصاص واختصاص الفطر باليوم دون
الليل والمستحب أن يخرج الناس الفطرة يوم الفطر قبل الخروج إلى المصلى لأنه عم كان يخرج
قبل أن يخرج ولأن الأمر بالإغناء كيلا يتشاغل الفقير بالمسألة عن الصلاة وذلك بالتقديم
فإن قدموها على يوم الفطر جاز لأنه أدى بعد تقرر السبب فأشبه التعجيل في الزكاة ولا
تفصيل بين مدة ومدة هو الصحيح وإن أخروها عن يوم الفطر لم تسقط وكان عليهم إخراجها
لأن وجه القربة فيها معقول فلا يتقدر وقت الأداء فيها بخلاف الأضحية كتاب الصوم
بسم الله الرحمن الرحيم الصوم ضربان واجب ونفل فالواجب ضربان منه ما يتعلق بزمان بعينه كصوم
رمضان والنذر المعين فيجوز صومه بنية من الليل وإن لم ينو حتى أصبح أجزأته النية ما بينه وبين
الزوال وقال الشافعي رحه لا يجزيه اعلم أن صوم رمضان فريضة لقوله تعالى كتب عليكم الصيام

على فرضيته انعقد الاجماع ولهذا يكفر جاحده والمنذور واجب لقوله تعالى وليوفوا نذورهم
وسبب الاول الشهر ولهذا يضاف اليه ويتكرر بتكرره وكل يوم سبب لوجوب صومه وسبب الثاني النذر
والنية من شرطه وسنبينه ونفسره ان شاء الله تعالى وجه قوله في الخلافية قوله عليه السلام لا صيام لمن لم ينو
الصيام من الليل ولانه لما فسد الجزء الاول لفقد النية فسد الثاني ضرورة انه لا يتجزى بخلاف النفل لانه متجزى
عنده ولنا قوله عليه السلام بعد ما شهد الاعرابي برؤية الهلال الا من اكل فلا ياكلن بقية يومه ومن لم ياكل
فليصم وما رواه محمول على نفي الفضيلة والكمال او معناه لم ينو انه صوم من الليل ولانه يوم صوم
فيتوقف الامساك في اوله على النية المتاخرة المقترنة باكثره كالنفل وهذا لان الصوم ركن واحد ممتد
والنية لتعيينه لله تعالى فتترجح بالكثرة جنبة الوجود بخلاف الصلوة والحج لان لهما اركانا
فيشترط قرانها بالعقد على ادائها بخلاف القضاء لانه يتوقف على صوم ذلك اليوم وهو النفل وبخلاف
ما بعد الزوال لانه لم توجد اقترانها بالاكثر فترجحت جنبة الفوات ثم قال في المختصر ما بينه وبين الزوال
وفي الجامع الصغير قبل نصف النهار وهو الاصح لانه لا بد من وجود النية في اكثر النهار ونصفه
من وقت طلوع الفجر الى وقت الضحوة الكبرى فيشترط النية قبلها لتتحقق في الاكثر ولا فرق بين المسافر
والمقيم خلافا لزفر رح لانه لا تفصيل فيما ذكرنا من الدليل وهذا الضرب من الصوم يتادى بمطلق
النية وبنية النفل وبنية واجب آخر وقال الش رح في نية النفل عابث وفي
مطلقها له قولان لانه بنية النفل معرض عن الفرض فلا يكون له الفرض ولنا ان الفرض متعين
فيه فيصاب باصل النية كالمتوحد في الدار يصاب باسم جنسه فاذا نوى النفل او واجبا
آخر فقد نوى اصل الصوم وزيادة جهة وقد لغت الجهة فبقي الاصل وهو كاف ولا فرق بين
المسافر والمقيم والصحيح والسقيم عند ابي يوسف رح ومحمد رح لان الرخصة كيلا يلزم المعذور مشقة
فاذا تحملها التحق بغير المعذور وعند ابي حنيفة رح اذا صام المريض والمسافر بنية واجب آخر
يقع عنه لانه شغل الوقت بالاهم لتحتمه في الحال وتخيره في صوم رمضان الى ادراك
العدة وعنه في نية التطوع روايتان والفرق على احديهما انه ما صرف الوقت الى الاهم
قال والضرب الثاني ما ثبت في الذمة كقضاء رمضان والنذر المطلق وصوم الكفارة فلا يجوز الا بنية
من الليل لانه غير متعين فلا بد من التعيين من الابتداء والنفل كله يجوز بنية قبل الزوال خلافا
لمالك رح فانه يتمسك باطلاق ما روينا ولنا قوله عليه السلام بعد ما كان يصبح غير صائم اني اذا
لصائم ولان المشروع خارج رمضان هو النفل فيتوقف الامساك في اول اليوم

على صيرورته

على صيرورته صوما بالنية على ما ذكرنا ولو نوى بعد الزوال لا يجوز وقال الش رح يجوز
ويصير صائما حين نوى اذ هو متجزى عنده لكونه مبنيا على النشاط ولعله ينشط بعد الزوال الا
ان من شرطه الامساك في اول النهار وعندنا يصير صائما من حين نوى اول النهار لانه
عبادة قهر النفس وهي انما تتحقق بامساك مقدر فيعتبر قران النية باكثره قال وينبغي للناس ان
يلتمسوا الهلال في اليوم التاسع والعشرين من شعبان فان راوه صاموا وان غم عليهم اكملوا عدة شعبان
ثلاثين يوما ثم صاموا لقوله عليه السلام صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته فان غم عليكم الهلال فاكملوا عدة شعبان
ثلاثين يوما ولان الاصل بقاء الشهر فلا ينتقل عنه الا بدليل ولم يوجد ولا يصومون يوم الشك الا تطوعا لقوله عليه السلام
لا يصام اليوم الذي يشك فيه انه من رمضان الا تطوعا وهذه المسئلة على وجوه احدها ان ينوي
صوم رمضان وهو مكروه لما روينا ولانه تشبه باهل الكتاب لانهم زادوا في مدة صومهم ثم ان ظهر
ان اليوم من رمضان يجزيه لانه شهد الشهر وصامه وان ظهر انه من شعبان كان تطوعا وان افطر
لم يقضه لانه في معنى المظنون والثاني ان ينوي عن واجب آخر وهو مكروه ايضا لما روينا الا ان
هذا دون الاول في الكراهة ثم ان ظهر انه من رمضان يجزيه لوجود اصل النية وان ظهر انه من شعبان فقد
قيل يكون تطوعا لانه منهي عنه فلا يتادى به الواجب وقيل اجزاه عن الذي نواه وهو الاصح لان
المنهي وهو التقدم على رمضان بصوم رمضان لا يقوم بكل صوم بخلاف يوم العيد لان المنهي وهو
ترك الاجابة يلازم كل صوم والكراهة هيهنا لصورة النهي والثالث ان ينوي وهو غير مكروه
لما روينا وهو حجة على الش رح في قوله يكره على سبيل الابتداء والمراد بقوله عليه السلام لا تقدموا بصوم يوم
ولا بصوم يومين الحديث التقدم لانه يؤديه قبل اوانه ثم ان وافق صوما كان يصومه فالصوم
افضل بالاجماع وكذا اذا صام ثلاثة من آخر الشهر فصاعدا وان افرده فقد قيل الفطر افضل
احترازا عن ظاهر النهي وقيل الصوم افضل اقتداء بعائشة وعلي رضي الله عنهما فانهما كانا يصومانه
والمختار ان يصوم المفتي بنفسه اخذا بالاحتياط ويفتي العامة بالتلوم الى وقت الزوال ثم بالافطار
نفيا للتهمة والرابع ان يضجع في اصل النية بان ينوي ان يصوم غدا ان كان من رمضان
ولا يصوم ان كان من شعبان وفي هذا الوجه لا يصير صائما لانه لم يقطع عزيمته فصار كما اذا
نوى انه ان وجد غدا غداء يفطر وان لم يجد يصوم والخامس ان يضجع في وصف النية
بان ينوي ان كان غدا من رمضان يصوم عنه وان كان من شعبان فعن واجب آخر وهذا
مكروه لتردده بين امرين مكروهين ثم ان ظهر انه من رمضان اجزاه لعدم التردد في اصل النية
وان ظهر انه من شعبان لا يجزيه عن واجب آخر لان الجهة لم تثبت للتردد فيها واصل النية لا

لكن يكون تطوعا غير مضمون بالقضاء لشروعه فيه مسقطا وان نوى عن رمضان ان كان غدا منه
وعن التطوع ان كان من شعبان يكره لانه ناو للفرض من وجه ثم ان ظهر انه من رمضان اجزاه
عنه لما مر وان ظهر انه من شعبان جاز عن نفله لانه يتادى باصل النية ولو افسده يجب ان لا يقضيه
لدخول الاسقاط في عزيمته من وجه قال ومن راى هلال رمضان وحده صام وان لم يقبل
الامام شهادته لقوله عم صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته وقد راى ظاهرا وان افطر فعليه
القضاء دون الكفارة وقال الشافعي رح عليه الكفارة ان افطر بالوقاع لانه افطر في رمضان
حقيقة لتيقنه وحكما لوجوب الصوم عليه ولنا ان القاضي رد شهادته بدليل شرعي وهو تهمة
الغلط فاورث شبهة وهذه الكفارة تندرئ بالشبهات ولو افطر قبل ان يرد الامام شهادته
اختلف فيه المشايخ ولو اكمل هذا الرجل ثلثين يوما لم يفطر الا مع الامام لان الوجوب عليه للاحتياط
والاحتياط بعد ذلك في تاخير الافطار ولو افطر لا كفارة عليه اعتبارا للحقيقة التي عنده قال
واذا كان في السماء علة قبل الامام شهادة الواحد العدل في رؤية الهلال رجلا كان او امراة
حرا كان او عبدا لانه امر ديني فاشبه رواية الاخبار ولهذا لا يختص بلفظ الشهادة وتشترط العدالة
لان قول الفاسق في الديانات غير مقبول وتاويل قول الطحاوي عدلا او غير عدل ان يكون مستورا والعلة
غيم او غبار او نحوه وفي اطلاق جواب الكتاب يدخل المحدود في القذف بعد ما تاب وهو ظاهر الرواية لانه خبر
ديني وعن ابي حنيفة رح انها لا تقبل لانها شهادة الواحد في رؤية هلال رمضان ثم اذا قبل الامام
شهادة الواحد وصاموا ثلثين لا يفطرون فيما روى الحسن عن ابي حنيفة رح للاحتياط ولان الفطر
لا يثبت بشهادة الواحد وعن محمد رح انهم يفطرون ويثبت الفطر بناء على ثبوت الرمضانية بشهادة
الواحد وان كان لا يثبت بها ابتداء كاستحقاق الارث بناء على النسب الثابت بشهادة
القابلة واذا لم يكن بالسماء علة لم تقبل الشهادة حتى يراه جمع كثير يقع العلم بخبرهم لان التفرد
بالرؤية في مثل هذه الحالة يوهم الغلط فيجب التوقف فيه حتى يكون جمعا كثيرا بخلاف ما اذا كان بالسماء
علة لانه قد ينشق الغيم عن موضع القمر فيتفق للبعض النظر ثم قيل في حد الكثير اهل المحلة وعن ابي يوسف رح
خمسون رجلا اعتبارا بالقسامة ولا فرق بين اهل المصر ومن ورد من خارج المصر وذكر الطحاوي انه
تقبل شهادة الواحد اذا جاء من خارج المصر لقلة الموانع واليه الاشارة في كتاب الاستحسان وكذا
اذا كان على مكان مرتفع في المصر ومن راى هلال الفطر وحده لم يفطر احتياطا وفي الصوم
الاحتياط في الايجاب لقلة الموانع واليه الاشارة واذا كان بالسماء علة لم تقبل في هلال الفطر
الا شهادة رجلين او رجل وامراتين لانه تعلق به نفع العبد وهو الفطر فاشبه سائر حقوقه

شهادة من وجه وكان الشافعي في قول ... قوله شرط المنفي والحجة عليه ما ذكرنا وقد صح ان النبي عم قبل ...

والاضحى

والاضحى كالفطر في هذا في ظاهر الرواية وهو الاصح خلافا لما يروى عن ابي حنيفة رح انه كهلال رمضان
لانه تعلق به نفع العباد وهو التوسع بلحوم الاضاحي وان لم تكن بالسماء علة لم تقبل الا
شهادة جماعة يقع العلم بخبرهم كما ذكرنا ووقت الصوم من حين طلوع
الفجر الثاني الى غروب الشمس لقوله تعالى وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود
من الفجر الى ان قال ثم اتموا الصيام الى الليل والخيطان بياض النهار وسواد الليل والصوم هو
الامساك عن الاكل والشرب والجماع نهارا مع النية في الشرع لانه في حقيقة اللغة هو الامساك
لورود الاستعمال فيه الا انه زيد عليه النية في الشرع لتتميز بها العبادة عن العادة واختص
بالنهار لما تلونا ولانه لما تعذر الوصال كان تعيين النهار اولى ليكون على خلاف العادة
وعليه مبنى العبادة والطهارة عن الحيض والنفاس شرط لتحقق الاداء في حق النساء باب
ما يوجب القضاء والكفارة قال واذا اكل الصائم او شرب او جامع ناسيا لم يفطر والقياس
ان يفطر وهو قول مالك رح لوجود ما يضاد الصوم فصار كالكلام ناسيا في الصلوة ووجه
الاستحسان قوله عم للذي اكل وشرب ناسيا تم على صومك فانما اطعمك الله وسقاك
واذا ثبت هذا في حق الاكل والشرب ثبت في الوقاع للاستواء في الركنية بخلاف الصلوة
لان هيئة الصلوة مذكرة فلا يغلب النسيان ولا مذكر في الصوم فيغلب ولا فرق بين الفرض
والنفل لان النص لم يفصل ولو كان مخطئا او مكرها فعليه القضاء خلافا للشافعي رح فانه يعتبره
بالناسي ولنا انه لا يغلب وجوده وعذر النسيان غالب ولان النسيان من قبل من له الحق
كالمقيد والمريض في قضاء الصلوة قال فان نام فاحتلم لم يفطر لقوله عم ثلث لا يفطرن الصائم القيء
والحجامة والاحتلام ولانه لم توجد صورة الجماع ولا معناه وهو الانزال عن شهوة بالمباشرة
وكذا اذا نظر الى امراة بشهوة فامنى لما بينا وصار كالمتفكر اذا امنى وكالمستمني بالكف
على ما قالوا ولو ادهن لم يفطر لعدم المنافي وكذا اذا احتجم لهذا ولما روينا ولو اكتحل لم يفطر لانه
ليس بين العين والدماغ منفذ والدمع يترشح كالعرق والداخل من المسام لا ينافي كما اذا
اغتسل بالماء البارد ولو قبل لا يفسد صومه يريد به اذا لم ينزل لعدم المنافي صورة ومعنى
بخلاف الرجعة والمصاهرة لان الحكم هناك اديز على السبب على ما ياتي في موضعه ان شاء الله
ولو انزل بقبلة او لمس فعليه القضاء دون الكفارة لوجود معنى الجماع ووجود المنافي صورة
او معنى يكفي لايجاب القضاء احتياطا اما الكفارة تفتقر الى كمال الجناية لانها تندرئ بالشبهات

والاكراه من قبل غيره فيفترقان

حيث تثبتان بالقبلة والمس عن شهوة ... لان حكم الرجعة والمصاهرة ... يثبت بسبب الجماع اقامة

وان امن يعتبر عينه ويباح له وان لم يامن يعتبر عاقبته

كالحدود ولا بأس بالقبلة اذا امن على نفسه الجماع او الانزال ويكره اذا لم يأمن لان عينه
ليس بمفطر وانما يصير فطرا بعاقبته وكره له واطلق في الجامع الصغير في الحالين والحجة عليه ما ذكرنا
والمباشرة مثل التقبيل في ظاهر الرواية وعن محمد انه كره المباشرة الفاحشة لانه قلما تخلو
عن الفتنة ولو دخل حلقه ذباب وهو ذاكر لصومه لم يفطر والقياس ان يفسد صومه لوصول المفطر
الى جوفه وان كان لا يتغذى به كالتراب والحصاة وجه الاستحسان انه لا يستطاع الامتناع
عنه فاشبه الغبار والدخان واختلفوا في المطر والثلج والاصح انه يفسد لامكان الامتناع
عنه اذا اواه خيمة او سقف ولو اكل لحما بين اسنانه لم يفطر وان كان كثيرا افطر وقال زفر
يفطر في الوجهين لان الفم له حكم الظاهر حتى لا يفسد صومه بالمضمضة ولنا ان القليل تابع لاسنانه
بمنزلة ريقه بخلاف الكثير لانه لا يبقى فيما بين الاسنان والفاصل مقدار الحمصة وما دونها قليل
وان اخرجه واخذه بيده ثم اكله ينبغي ان يفسد صومه لما روي عن محمد ان الصائم اذا ابتلع
سمسمة بين اسنانه لا يفسد صومه ولو اكلها ابتداء يفسد ولو مضغها لا يفسد لانها تتلاشى وفي مقدار
الحمصة عليه القضاء دون الكفارة عند ابي يوسف وعند زفر عليه الكفارة ايضا لانه طعام
متغير ولابي يوسف انه يعافه الطبع وان ذرعه القيء لم يفطر لقوله ع م من قاء فلا قضاء
عليه ومن استقاء عمدا فعليه القضاء ويستوي فيه ملء الفم فما دونه فلو عاد وكان ملء
الفم فسد عند ابي يوسف لانه خارج حتى انتقض به الطهارة وقد دخل وعند محمد لا يفسد لانه
لم يوجد صورة الفطر وهو الابتلاع وكذا معناه لانه لا يتغذى به عادة وان اعاده فسد
بالاجماع لوجود الادخال بعد الخروج فتتحقق صورة الفطر وان كان اقل من ملء الفم فعاد
لم يفسد صومه لانه غير خارج ولا صنع له في الادخال وان اعاده فكذلك عند ابي يوسف لعدم
الخروج وعند محمد يفسد لوجود الصنع منه في الادخال فان استقاء عامدا ملء فيه فعليه
القضاء لما روينا والقياس متروك به ولا كفارة لعدم الصورة وان كان اقل من ملء الفم
فكذلك عند محمد لاطلاق الحديث وعند ابي يوسف لا يفسد لعدم الخروج حكما ثم ان
عاد لم يفسد عنده لعدم سبق الخروج وان اعاد فعنه انه لا يفسد لما ذكرنا وعنه انه يفسد
لما ذكرنا وعنه انه يفسد فالحقه بملء الفم لكثرة الصنع قال ومن ابتلع الحصاة او الحديد
افطر لوجود صورة الفطر ولا كفارة عليه لعدم المعنى ومن جامع عامدا في احد السبيلين فعليه
القضاء استدراكا للمصلحة الفائتة والكفارة لتكامل الجناية ولا يشترط الانزال في المحلين

اي يجبر المصلحة

اعتبارا

مطلب لا تجب الكفارة بالجماع في الموضع المكروه

على الرجل يجب على المرأة وقال الشافعي في قول لا تجب عليها لانها متعلقة بالجماع صح

اعتبارا بالاغتسال وهذا لان قضاء الشهوة يتحقق دونه وانما ذلك شبع وعن ابي حنيفة
لا تجب الكفارة بالجماع في الموضع المكروه اعتبارا بالحد عنده والاصح انه تجب لان الجناية متكاملة
لقضاء الشهوة ولو جامع ميتة او بهيمة فلا كفارة عليه انزل او لم ينزل خلافا للشافعي لان الجناية
تكاملها بقضاء الشهوة في محل مشتهى ولم يوجد ثم عندنا كما تجب الكفارة بالوقاع وهو فعله
وانما هي محل الفعل وفي قول يتحمل الرجل عنها اعتبارا بماء الاغتسال ولنا قوله ع م من افطر في رمضان
فعليه ما على المظاهر وكلمة من تنتظم الذكور والاناث ولان السبب جناية الافساد لا نفس
الوقاع وقد شاركته فيها ولا يتحمل لانها عبادة او عقوبة ولا يجري فيهما التحمل ولو اكل او شرب
ما يتغذى به او يتداوى به فعليه القضاء والكفارة وقال الشافعي لا كفارة عليه لانها شرعت
في الوقاع بخلاف القياس لارتفاع الذنب بالتوبة ولا يقاس عليه غيره ولنا ان الكفارة تعلقت
بجناية الافطار في رمضان على وجه الكمال وقد تحققت وبايجاب الاعتاق تكفيرا عرف ان التوبة
غير مكفرة لهذه الجناية ثم قال والكفارة مثل كفارة الظهار لما روينا ولحديث الاعرابي فانه قال
يا رسول الله هلكت واهلكت فقال ماذا صنعت فقال واقعت امرأتي في نهار رمضان متعمدا
فقال ع م اعتق رقبة فقال لا املك الا رقبتي هذه فقال صم شهرين متتابعين فقال وهل جاءني
ما جاءني الا من الصوم فقال اطعم ستين مسكينا فقال لا اجد فامر النبي ع م ان يؤتى بفرق من
تمر ويروى بعرق فيه خمسة عشر صاعا وقال فرقها على المساكين فقال والله ما بين لابتي المدينة
احوج مني ومن عيالي فقال كل انت وعيالك يجزيك ولا يجزي احدا بعدك وهو حجة على الشافعي
في قوله يخير لان مقتضاه الترتيب وعلى مالك في نفي التتابع للنص عليه ومن جامع فيما دون الفرج فانزل فعليه
القضاء لوجود الجماع معنى ولا كفارة عليه لانعدامه صورة وليس في افساد صوم غير رمضان كفارة لان
الافطار في رمضان ابلغ في الجناية فلا يلحق به غيره ومن احتقن او استعط او اقطر في اذنه افطر
لقوله ع م الفطر مما دخل ولوجود معنى الفطر وهو وصول ما فيه صلاح البدن الى الجوف ولا كفارة
لانعدامه صورة ولو اقطر في اذنه الماء او دخله لا يفسد صومه لانعدام المعنى والصورة بخلاف
ما اذا دخله الدهن ولو داوى جائفة او آمة بدواء فوصل الى جوفه او دماغه افطر عند
ابي حنيفة والذي يصل هو الرطب وقالا لا يفطر لعدم التيقن بالوصول لانضمام المنفذ مرة
واتساعه اخرى كما في اليابس من الدواء وله ان رطوبة الدواء تلاقي رطوبة الجراحة فيزداد
ميلا الى الاسفل فيصل الى الجوف بخلاف اليابس لانه ينشف رطوبة الجراحة فينسد فمها وكو

وهو يسع ستين رطلا

ولو اقطر في احليله لم يفطر عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح يفطر وقول محمد مضطرب
فابو يوسف رح يقول ان بينه وبين الجوف منفذا ولهذا يخرج البول منه ووقع عند ابي
حنيفة رح ان المثانة بينهما حائل والبول يترشح منه وهذا ليس من باب الفقه ومن ذاق
شيئا بفمه لم يفطر لعدم الفطر صورة ومعنى ويكره له ذلك لما فيه من تعريض الصوم على الفساد
ويكره للمرأة ان تمضغ لصبيها الطعام اذا كان لها منه بد لما بينا ولا بأس اذا لم تجد منه بدا
صيانة للولد الا ترى ان لها ان تفطر اذا خافت على ولدها ومضغ العلك لا يفطر الصائم
لانه لا يصل الى جوفه وقيل اذا لم يكن ملتئما يفسد لانه يصل اليه بعض اجزائه وقيل اذا كان اسود
لانه يتفتت الا انه يكره للصائم لما فيه من تعريض الصوم على الفساد ولانه يتهم بالافطار ولا يكره للمرأة
اذا لم تكن صائمة لقيامه مقام السواك في حقهن ويكره للرجال على ما قيل اذا لم يكن من علة و
قيل لا يستحب لما فيه من التشبه بالنساء ولا بأس بالكحل ودهن الشارب لانه نوع ارتفاق
وليس من محظورات الصوم وقد ندب النبي عم الى الاكتحال يوم عاشوراء والى الصوم فيه ولا بأس
بالاكتحال للرجال اذا قصد به التداوي دون الزينة ويستحب دهن الشارب اذا لم يكن
من قصده الزينة لانه يعمل عمل الخضاب ولا يفعل لتطويل اللحية اذا كانت بقدر المسنون وهو
القبضة ولا بأس بالسواك الرطب بالغداة والعشي لقوله عم خير خلال الصائم السواك من غير فصل
وقال الشافعي رح يكره بالعشي لما فيه من ازالة الاثر المحمود وهو الخلوف فشابه دم الشهيد
قلنا هو اثر العبادة واللائق به الاخفاء بخلاف دم الشهيد لانه اثر الظلم ولا فرق
بين الرطب الاخضر وبين المبلول بالماء لما روينا فصل ومن كان مريضا في رمضان فخاف
ان صام ازداد مرضه افطر وقضى وقال الشافعي رح لا يفطر هو يعتبر خوف الهلاك او فوات
العضو كما يعتبر في التيمم ونحن نقول ان زيادة المرض وامتداده قد يفضي الى الهلاك فيجب
الاحتراز عنه وان كان مسافرا لا يستضر بالصوم فصومه افضل وان افطر جاز لان السفر
لا يعرى عن المشقة فجعل نفسه عذرا بخلاف المرض لانه قد يخف بالصوم فشرط كونه مفضيا الى الحرج
وقال الشافعي رح الفطر افضل لقوله عم ليس من البر الصيام في السفر ولنا ان رمضان افضل
الوقتين فكان الاداء فيه اولى وما رواه محمول على الجهد وان مات المريض او المسافر وهما
على حالهما لم يلزمهما القضاء لانهما لم يدركا عدة من ايام اخر ولو صح المريض واقام المسافر
ثم ماتا لزمهما القضاء بقدر الصحة والاقامة لوجود الادراك بهذا المقدار وفائدته وجوب

الوصية

الوصية بالاطعام وذكر الطحاوي رح فيه خلافا بين ابي حنيفة رح وبين ابي يوسف
وبين محمد رح وليس بصحيح انما الخلاف في النذر والفرق لهما ان النذر سبب فيظهر الوجوب
في حق الخلف وفي هذه المسئلة السبب ادراك العدة فيتقدر بقدر ما ادرك وقضاء رمضان
ان شاء فرقه وان شاء تابعه لاطلاق النص لكن المستحب المتابعة مسارعة الى اسقاط الواجب
وان اخره حتى دخل رمضان آخر صام رمضان الثاني لانه في وقته وقضى الاول بعده لانه
وقت القضاء ولا فدية عليه لان وجوب القضاء على التراخي حتى كان له ان يتطوع والحامل
والمرضع اذا خافتا على انفسهما او ولديهما افطرتا وقضتا دفعا للحرج ولا كفارة عليهما
لانه افطار بعذر ولا فدية خلافا للشافعي رحمه الله فيما اذا خافت على الولد وهو يعتبره بالشيخ
الفاني ولنا ان الفدية بخلاف القياس في الشيخ والفطر بسبب الولد ليس في معناه لانه عاجز بعد
الوجوب والشيخ الفاني الذي لا يقدر على الصيام يفطر ويطعم لكل يوم مسكينا كما في الكفارات
والاصل فيه قوله تعالى وعلى الذين يطيقونه معناه لا يطيقونه ولو قدر على الصوم يبطل حكم الفداء
ولو قدر على الصوم يبطل حكم الفداء لان شرط الخلفية استمرار العجز ومن مات وعليه قضاء رمضان
فاوصى به اطعم عنه وليه لكل يوم مسكينا نصف صاع من بر او صاعا من شعير او تمر لانه عجز عن الاداء
في آخر عمره فصار كالشيخ الفاني ثم لا بد من الايصاء عندنا خلافا للشافعي رح وعلى هذا الزكوة
هو يعتبره بديون العباد اذ كل ذلك حق مالي تجري فيه النيابة ولنا انه عبادة ولا بد فيه من الاختيار
وذلك في الايصاء دون الوراثة لانها جبرية ثم هو تبرع ابتداء حتى يعتبر من الثلث والصلوة كالصوم
باستحسان المشايخ وكل صلوة تعتبر بصوم يوم هو الصحيح ولا يصوم عنه الولي ولا يصلي لقوله عم
لا يصوم احد عن احد ولا يصلي احد عن احد ومن دخل في صوم التطوع او في صلوة التطوع
ثم افسده قضاه خلافا للشافعي رح له انه متبرع بالمؤدى ولا يلزمه ما لم يتبرع به ولنا ان المؤدى قربة
وعمل فيجب صيانته بالمضي عن الابطال واذا وجب المضي وجب القضاء بتركه ثم عندنا لا يباح الافطار فيه بغير
عذر في احدى الروايتين لما بينا ويباح بعذر والضيافة عذر لقوله عم افطر واقض يوما مكانه
واذا بلغ الصبي او اسلم الكافر في رمضان امسكا بقية يومهما قضاء لحق الوقت بالتشبه
ولو افطرا فيه لا قضاء عليهما لان الصوم غير واجب فيه وصاما ما بعده لتحقق السبب والاهلية
ولم يقضيا يومهما ولا ما مضى لعدم الخطاب وهذا بخلاف الصلوة لان السبب فيها الجزء المتصل
بالاداء فوجدت الاهلية عنده وفي الصوم الجزء الاول والاهلية منعدمة عنده وعن ابي يوسف
رح انه اذا زال الكفر او الصبى قبل الزوال فعليه القضاء لانه ادرك وقت النية وجه الظاهر

لان الصوم لا يتجزى وجوبا واهلية الوجوب منعدمة في اوله الا ان للصبي ان ينوي التطوع في بقية اليوم دون الكافر على ما قالوا لان الكافر ليس باهل للتطوع ايضا والصبي اهل له واذا نوى المسافر الافطار ثم قدم المصر قبل الزوال فنوى الصوم اجزأه لان السفر لا ينافي اهلية الوجوب ولا صحة الشروع وان كان في رمضان فعليه ان يصوم لزوال المرخص في وقت النية الا ترى انه لو كان مقيما في اول اليوم ثم سافر لا يباح له الفطر ترجيحا لجانب الاقامة فهذا اولى الا انه اذا افطر في المسئلتين لا تلزمه الكفارة لقيام شبهة المبيح ومن اغمي عليه في رمضان لم يقض اليوم الذي حدث فيه الاغماء لوجود الصوم فيه وهو الامساك المقرون بالنية اذ الظاهر وجودها منه وقضى ما بعده لانعدام النية وان اغمي عليه اول ليلة منه قضاه كله غير يوم تلك الليلة لما قلنا وقال مالك رح لا يقضي ما بعده لان صوم رمضان عنده يتأدى بنية واحدة بمنزلة الاعتكاف وعندنا لا بد من النية لكل يوم لانها عبادات متفرقة لانه يتخلل بين كل يومين ما ليس بزمان لهذه العبادة بخلاف الاعتكاف ومن اغمي عليه رمضان كله قضاه لانه نوع مرض يضعف القوى ولا يزيل الحجى فيصلح عذرا في التأخير لا في الاسقاط ومن جن رمضان كله لم يقضه خلافا لمالك رح وهو يعتبره بالاغماء ولنا ان المسقط هو الحرج والاغماء لا يستوعب الشهر عادة فلا حرج والجنون يستوعبه فيتحقق الحرج فان افاق المجنون في بعضه قضى ما مضى خلافا لزفر والشافعي رح هما يقولان لم يجب عليه الاداء لانعدام الاهلية والقضاء مرتب عليه فصار كالمستوعب ولنا ان السبب قد وجد وهو الشهر والاهلية بالذمة وفي الوجوب فائدة وهو صيرورته مطلوبا على وجه لا يحرج في ادائه بخلاف المستوعب لانه يحرج في الاداء فلا فائدة وتمامه في الخلافيات ثم لا فرق بين الاصلي والعارضي قيل هذا في ظاهر الرواية وعن محمد رح انه فرق بينهما لانه اذا بلغ مجنونا التحق بالصبي فانعدم الخطاب بخلاف ما اذا بلغ عاقلا ثم جن وهذا مختار بعض المتأخرين ومن لم ينو في رمضان كله صوما ولا فطرا فعليه قضاؤه وقال زفر رح يتأدى صوم رمضان بدون النية في حق الصحيح المقيم لان الامساك مستحق عليه فعلى اي وجه يؤديه يقع عنه كما اذا وهب كل النصاب من الفقير ولنا ان المستحق الامساك بجهة العبادة ولا عبادة الا بالنية وفي هبة النصاب وجد نية القربة على ما مر في الزكوة ومن اصبح غير ناو للصوم فاكل لا كفارة عليه عند ابي حنيفة رح وقال زفر رح عليه الكفارة لانه يتأدى بغير النية عنده وقال ابو يوسف رح ومحمد رح اذا اكل قبل الزوال تجب الكفارة لانه فوت امكان التحصيل فصار كغاصب الغاصب ولابي حنيفة رح ان الكفارة تعلقت بالافساد وهذا امتناع اذ لا صوم الا بالنية واذا حاضت المرأة او نفست افطرت وقضت بخلاف الصلوة لانها تحرج في قضائها وقد مر في الصلوة واذا قدم المسافر او طهرت الحائض في بعض النهار امسكا بقية يومهما

وقال

وقال الشافعي رح لا يجب الامساك وعلى هذا الخلاف كل من صار اهلا للزوم ولم يكن كذلك في اول اليوم هو يقول التشبه خلف فلا يجب الا على من يتحقق الاصل في حقه كالمفطر متعمدا او مخطئا ولنا انه وجب قضاء لحق الوقت اصلا لا خلفا لانه وقت معظم بخلاف الحائض والنفساء والمريض والمسافر حيث لا يجب عليهم حال قيام هذه الاعذار لتحقق المانع عن التشبه حسب تحققه عن الصوم قال واذا تسحر وهو يظن ان الفجر لم يطلع فاذا هو قد طلع او افطر وهو يرى ان الشمس قد غربت فاذا هي لم تغرب امسك بقية يومه قضاء لحق الوقت بالقدر الممكن او نفيا للتهمة وعليه القضاء لانه حق مضمون بالمثل كما في المريض والمسافر ولا كفارة عليه لان الجناية قاصرة لعدم القصد وفيه قال عمر رض ما تجانفنا لاثم قضاء يوم علينا يسير والمراد بالفجر الفجر الثاني وقد بيناه في الصلوة ثم التسحر مستحب لقوله عم تسحروا فان في السحور بركة والمستحب تأخيره لقوله عم ثلاث من اخلاق المرسلين تعجيل الافطار وتأخير السحور والسواك الا انه اذا شك في الفجر ومعناه تساوي الظنين فالافضل ان يدع الاكل تحرزا عن المحرم ولا يجب عليه ذلك ولو اكل فصومه تام لان الاصل هو الليل وعن ابي حنيفة رح اذا كان في موضع لا يستبين الفجر او كانت الليلة مقمرة او متغيمة او كان ببصره علة وهو يشك لا يأكل ولو اكل فقد اساء لقوله عم دع ما يريبك الى ما لا يريبك وان كان اكبر رأيه انه اكل والفجر طالع فعليه قضاؤه عملا بغالب الرأي وفيه الاحتياط وعلى ظاهر الرواية لا قضاء عليه لان اليقين لا يزال الا بمثله ولو ظهر ان الفجر طالع لا كفارة عليه لانه بنى الامر على الاصل فلا تتحقق العمدية ولو شك في غروب الشمس لا يحل له الفطر لان الاصل هو النهار ولو اكل فعليه القضاء عملا بالاصل وان كان اكبر رأيه انه اكل قبل الغروب فعليه القضاء رواية واحدة لان النهار هو الاصل ولو كان شاكا فيه وتبين انها لم تغرب ينبغي ان تجب الكفارة نظرا الى ما هو الاصل وهو النهار ومن اكل في رمضان ناسيا فظن ان ذلك فطره فاكل بعد ذلك متعمدا عليه القضاء دون الكفارة لان الاشتباه استند الى القياس فتتحقق الشبهة وان بلغه الحديث وعلمه فكذلك في رواية عن ابي حنيفة رح وعنه انه تجب وكذا عنهما لانه لا اشتباه فلا شبهة وجه الاول قيام الشبهة الحكمية بالنظر الى القياس ولا ينتفي بالعلم كوطئ الاب جارية ابنه ولو احتجم فظن ان ذلك يفطره ثم اكل متعمدا لذلك فعليه القضاء والكفارة فعليه القضاء والكفارة لان الظن ما استند الى دليل شرعي الا اذا افتاه فقيه بالفساد لان الفتوى دليل شرعي في حقه ولو بلغه الحديث واعتمده فكذلك عند محمد رح لان قول الرسول عم لا ينزل عن قول المفتي وعن ابي يوسف رح خلاف ذلك لان على العامي الاقتداء بالفقهاء لعدم الاهتداء في حقه الى معرفة الاحاديث وان عرف تأويله تجب الكفارة لانتفاء الشبهة وقول الاوزاعي لا يورث الشبهة لمخالفته القياس ولو اكل بعد ما اغتاب متعمدا فعليه القضاء والكفارة كيف ما كان لان الفطر يخالف

القياس والحديث مؤول بالاجماع واذا جومعت النائمة او المجنونة وهي صائمة عليها القضاء
دون الكفارة وقال زفر والشافعي لا قضاء عليهما اعتبارا بالناسي والعذر ههنا ابلغ
لعدم القصد ولنا ان النسيان يغلب وجوده وهذا نادر ولا تجب الكفارة لانعدام الجناية
فصل فيما يوجبه على نفسه واذا قال لله علي صوم يوم النحر افطر وقضى فهذا النذر صحيح
عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله هما يقولان انه نذر بما هو معصية لورود النهي عن صوم
هذه الايام ولنا انه نذر بصوم مشروع والنهي لغيره وهو ترك اجابة دعوة الله فيصح
نذره لكنه يفطر احترازا عن المعصية المجاورة ثم يقضي اسقاطا للواجب وان صام فيه يخرج
عن العهدة لانه اداه كما التزمه وان نوى يمينا فعليه كفارة يمين يعني اذا افطر وهذه المسئلة
على وجوه ستة ان لم ينو شيئا او نوى النذر لا غير او نوى النذر ونوى ان لا يكون يمينا
يكون نذرا لانه نذر بصيغته كيف وقد قرره بعزيمته وان نوى اليمين ونوى ان لا يكون نذرا
يكون يمينا لان اليمين محتمل كلامه وقد عينه ونفى غيره وان نواهما يكون نذرا ويمينا عند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف رحمه الله يكون نذرا ولو نوى اليمين فكذلك عندهما وعنده
يكون يمينا لابي يوسف ان النذر فيه حقيقة واليمين مجاز حتى لا يتوقف الاول على النية
ويتوقف الثاني فلا ينتظمهما ثم المجاز يتعين بنيته وعند نيتهما تترجح الحقيقة ولهما
انه لا تنافي بين الجهتين لانهما يقتضيان الوجوب الا ان النذر يقتضيه لعينه واليمين لغيره فجمعنا
بينهما عملا بالدليلين كما جمعنا بين جهتي التبرع والمعاوضة في الهبة بشرط العوض ولو قال لله علي
صوم هذه السنة افطر يوم الفطر ويوم النحر وايام التشريق وقضاها لان النذر بالسنة
المعينة نذر بهذه الايام وكذا اذا لم يعين لكنه شرط التتابع لان المتابعة لا تعرى
عنها لكن يقضيها في هذا الفصل موصولة تحقيقا للتتابع بقدر الامكان ويأتي
في هذا خلاف زفر والشافعي رحمهما الله للنهي عن الصوم فيها وهو قوله عليه السلام الا لا تصوموا
في هذه الايام فانها ايام اكل وشرب وبعال وقد بينا الوجه فيه والعذر عنه ولو
لم يشترط التتابع لم يجزه صوم هذه الايام لان الاصل فيما يلتزمه الكمال والمؤدى ناقص
لمكان النهي بخلاف ما اذا عينها لانه التزمه بوصف النقصان فيكون الاداء بالوصف
الملتزم قال وعليه كفارة يمين ان اراد يمينا وقد سبقت وجوهه ومن اصبح يوم
النحر صائما ثم افطر لا شيء عليه وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله في النوادر ان عليه القضاء لان الشروع
ملزم كالنذر فصار كالشروع في الصلوة في الوقت المكروه والفرق لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ظاهر الرواية
ان بنفس الشروع في الصوم يسمى صائما حتى يحنث به الحالف على الصوم فيصير مرتكبا للنهي

فيجب

فيجب ابطاله فلا تجب صيانته ووجوب القضاء يبتني عليه ولا يصير مرتكبا للنهي بنفس النذر وهو
الموجب للقضاء والنذر ولا بنفس الشروع في الصلوة حتى يتم ركعة ولهذا لا يحنث به الحالف على الصلوة فيجب صيانة
المؤدى ويكون مضمونا بالقضاء وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجب القضاء في فصل الصلوة ايضا
والاظهر هو الاول باب الاعتكاف قال الاعتكاف مستحب والصحيح انه سنة مؤكدة لان
النبي عليه السلام واظب عليه في العشر الاواخر من رمضان والمواظبة دليل السنة وهو اللبث في المسجد
مع الصوم ونية الاعتكاف اما اللبث فركنه لانه ينبئ عنه فكان وجوده به والصوم من شرطه
عندنا خلافا للشافعي رحمه الله والنية شرط في سائر العبادات هو يقول ان الصوم عبادة هو اصل بنفسه
فلا يكون شرطا لغيره ولنا قوله عليه السلام لا اعتكاف الا بالصوم والقياس في مقابلة النص المنقول
غير مقبول ثم الصوم شرط لصحة الواجب منه رواية واحدة ولصحة التطوع فيما روى الحسن عن ابي حنيفة
رحمه الله لظاهر ما روينا وعلى هذه الرواية لا يكون اقل من يوم وفي رواية الاصل وهو قول محمد رحمه الله اقله
ساعة فيكون من غير صوم لان مبنى النفل على المساهلة الا يرى انه يقعد في صلوة النفل
مع القدرة على القيام ولو شرع فيه ثم قطعه لا يلزمه القضاء في رواية الاصل لانه غير مقدر فلم يكن
كالصوم ثم الاعتكاف لا يصح الا في مسجد الجماعة لقول حذيفة رضي الله عنه لا اعتكاف الا في مسجد
جماعة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يصح الا في مسجد يصلى فيه الصلوات الخمس لانه عبادة انتظار الصلاة
فيختص بمكان تؤدى فيه اما المرأة تعتكف في مسجد بيتها لانه هو الموضع لصلاتها فيتحقق
انتظارها فيه ولا يخرج من المسجد الا لحاجة الانسان او الجمعة اما الحاجة فلحديث عائشة رضي الله عنها
كان النبي عليه السلام لا يخرج من معتكفه الا لحاجة الانسان ولانه معلوم وقوعها فلا بد من الخروج في تقضيتها
فيصير الخروج لها مستثنى ولا يمكث بعد فراغه من الطهور لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها واما
الجمعة فلانها من اهم حوائجه وهي معلوم وقوعها وقال الشافعي رحمه الله الخروج اليها مفسد لانه يمكنه
الاعتكاف في الجامع ونحن نقول الاعتكاف في كل مسجد مشروع فاذا صح الشروع فالضرورة مطلقة في
الخروج ويخرج حين تزول الشمس لان الخطاب يتوجه بعده وان كان منزله بعيدا عنه يخرج
في وقت يمكنه ادراكها ويصلي قبلها اربعا وفي رواية ستا الاربع سنة والركعتان تحية
المسجد وبعدها اربعا او ستا على حسب الاختلاف في سنة الجمعة وسننها تبع لها فالحقت
بها ولو اقام في المسجد الجامع اكثر من ذلك لا يفسد اعتكافه لانه موضع اعتكاف الا انه لا
يستحب لانه التزم اداءه في مسجد واحد فلا يتمه في موضعين من غير ضرورة ولو خرج

فلم يجب القطع ابطالا وفي رواية الحسن يلزمه لانه مقدر صح

في المسجد ساعة بغير عذر فسد اعتكافه عند ابي حنيفة رح لوجود المنافي وهو القياس وقالا لا يفسد
حتى يكون اكثر من نصف يوم وهو الاستحسان لان في القليل ضرورة قال واما الاكل والشرب والنوم فيكون في
معتكفه لان النبي عم لم يكن له مأوى الا في المسجد ولانه يمكن قضاء هذه الحاجة في المسجد فلا ضرورة
الى الخروج ولا بأس بان يبيع ويبتاع في المسجد من غير ان يحضر السلعة لانه قد يحتاج المعتكف الى
ذلك بان لا يجد من يقوم بحاجته الا انهم قالوا يكره احضار السلعة للبيع والشراء لان المسجد
محرز عن حقوق العباد وفيه شغله بها ويكره لغير المعتكف البيع والشراء فيه لقوله عم جنبوا
مساجدكم صبيانكم (ومجانينكم) الى ان قال وبيعكم وشراءكم (ورفع اصواتكم) ولا يتكلم الا بخير ويكره له الصمت لان صوم
الصمت ليس بقربة في شريعتنا لكنه يتجانب ما يكون مأثما ويحرم على المعتكف الوطي لقوله تعالى
ولا تباشروهن وانتم عاكفون في المساجد وكذا اللمس والقبلة لانه من دواعيه فيحرم عليه
اذ هو محظورة كما في الاحرام بخلاف الصوم لان الكف ركنه لا محظوره فلم يتعد الى دواعيه
فان جامع ليلا او نهارا عامدا او ناسيا بطل اعتكافه لان الليل محل الاعتكاف بخلاف
الصوم وحالة العاكفين مذكرة فلا يعذر بالنسيان ولو جامع فيما دون الفرج فانزل او قبل
او لمس فانزل بطل اعتكافه لانه في معنى الجماع حتى يفسد به الصوم ولو لم ينزل لم يفسد به
الصوم ومن اوجب على نفسه اعتكاف ايام لزمه اعتكافها بلياليها لان ذكر الايام
على سبيل الجمع يتناول ما بازائها من الليالي يقال ما رأيتك منذ ايام والمراد بلياليها
وكانت متتابعة وان لم يشترط التتابع لان مبنى الاعتكاف على التتابع لان الاوقات
كلها قابلة له بخلاف الصوم لان مبناه على التفرق لان الليالي غير قابلة للصوم فيجب
على التفرق حتى ينص على التتابع وان نوى الايام خاصة صحت نيته لانه
نوى الحقيقة ومن اوجب على نفسه اعتكاف يومين يلزمه بليلتيهما وقال ابو يوسف لا تدخل
الليلة الاولى لان المثنى غير الجمع وفي المتوسط ضرورة الاتصال وجه الظاهر ان في
المثنى معنى الجمع فيلحق به احتياطا لامر العبادة

كتاب الحج

الحج واجب على الاحرار البالغين
العقلاء الاصحاء اذا قدروا على الزاد والراحلة فاضلا عن المسكن وعما لا بد منه وعن
نفقة عياله الى حين عوده وكان الطريق آمنا وصفه بالوجوب وهو فريضة محكمة ثبتت
فرضيته بالكتاب وهو قوله تعالى ولله على الناس حج البيت الآية ولا يجب في العمر الا
مرة واحدة لانه عم قيل له الحج في كل عام فقال لا بل مرة فما زاد فهو تطوع ولانه

ام مرة واحدة

سببه

سببه البيت فانه لا يتعدد فلا يتكرر الوجوب ثم هو واجب على الفور عند ابي يوسف رح
وعن ابي حنيفة رح ما يدل عليه وعند محمد والشافعي رح على التراخي لانه وظيفة العمر فكان العمر فيه
كالوقت في الصلوة وجه الاول انه يختص بوقت خاص والموت في سنة واحدة غير
نادر فيتضيق (اي الوجوب) احتياطا ولهذا كان التعجيل افضل (بالاجماع) بخلاف وقت الصلوة لان الموت في مثله
نادر وانما شرط الحرية والبلوغ لقوله عم ايما عبد حج ولو عشر حجج ثم اعتق فعليه حجة الاسلام
وايما صبي حج عشر حجج ثم بلغ فعليه حجة الاسلام ولانه عبادة والعبادات باسرها موضوعة عن الصبيان
والعقل شرط لصحة التكليف وكذا صحة الجوارح لان العجز دونها لازم والاعمى اذا وجد زادا وراحلة لا يجب
عليه الحج عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وقد مر في كتاب الصلوة (في باب الجمعة) واما المقعد فعن ابي حنيفة رح انه يجب لانه مستطيع
بغيره فاشبه المستطيع بالراحلة وعن محمد رحمه الله انه لا يجب لانه غير قادر على الاداء بنفسه بخلاف الاعمى
لانه لو هدي يؤدي بنفسه فاشبه الضال عن الطريق (اي عن طريق الحج) ولا بد من القدرة على الزاد والراحلة وهو قدر ما يكترى به
شق محمل او رأس زاملة وقدر النفقة ذاهبا وجائيا لانه عم سئل عن السبيل اليه فقال الزاد والراحلة
وان امكنه ان يكتري عقبة فلا شيء عليه لانهما اذا كانا يتعاقبان لم توجد الراحلة في جميع السفر ويشترط ان يكون
فاضلا عن المسكن وعما لا بد منه كالخادم واثاث البيت وثيابه لان هذه الاشياء مشغولة بالحاجة
الاصلية ويشترط ان يكون فاضلا عن نفقة عياله الى حين عوده لان النفقة حق مستحق للمرأة وحق العبد
مقدم على حق الشرع بامره وليس من شرط الوجوب على اهل مكة ومن حولهم الراحلة لانه لا يلحقهم مشقة زائدة
في الاداء فاشبه السعي الى الجمعة ولا بد من امن الطريق لان الاستطاعة لا تثبت دونه ثم قيل هو شرط الوجوب
حتى لا يجب عليه الايصاء وهو مروي عن ابي حنيفة رح وقيل شرط الاداء دون الوجوب لانه عم فسر الاستطاعة
بالزاد والراحلة لا غير قال ويعتبر في المرأة ان يكون لها محرم تحج به او زوج ولا يجوز لها ان تحج بغيرهما اذا كان
بينها وبين مكة ثلاثة ايام وقال الشافعي يجوز لها الحج اذا خرجت في رفقة ومعها نساء ثقات لحصول الامن
بالمرافقة ولنا قوله عم لا تحجن امرأة الا ومعها محرم ولانها بدون المحرم يخاف عليها الفتنة وتزداد
بانضمام غيرها اليها ولهذا يحرم الخلوة بالاجنبية وان كان معها غيرها بخلاف ما اذا كان بينها وبين مكة
اقل من ثلاثة ايام لانه يباح لها الخروج الى ما دون السفر بغير محرم واذا وجدت محرما لم يكن للزوج
منعها وقال الشافعي رح له ان يمنعها لان في الخروج تفويت حقه ولنا ان حق الزوج لا يظهر في حق
الفرائض والحج منها حتى لو كان الحج نفلا له ان يمنعها ولو كان المحرم فاسقا قالوا لا يجب عليها
لان المقصود لا يحصل به ولها ان تخرج مع كل محرم الا ان يكون مجوسيا لانه يعتقد مناكحتها

من يكفيه مؤنة سفره وجده

ولا عبرة بالصبي والمجنون لانه لا تتأتى منهما الصيانة والصبية التي بلغت حد الشهوة بمنزلة البالغة
حتى لا تسافر بها غير محرم ونفقة المحرم عليها لانها تتوسل به الى اداء الحج واختلفوا ان المحرم شرط الوجوب
او شرط الاداء على حسب اختلافهم في امن الطريق واذا بلغ الصبي بعد ما احرم او اعتق العبد فمضيا
لم يجزهما عن حجة الاسلام لان احرامهما انعقد لاداء النفل فلا ينقلب لاداء الفرض ولو جدد الصبي
الاحرام قبل الوقوف ونوى حجة الاسلام جاز والعبد لو فعل ذلك لم يجز لان احرام الصبي غير لازم
لعدم الاهلية اما احرام العبد فلازم فلا يمكنه الخروج عنه بالشروع في غيره فصل والمواقيت التي لا يجاوز
ها الانسان الا محرما ستة لاهل المدينة ذو الحليفة ولاهل العراق ذات عرق ولاهل الشام جحفة ولاهل
النجد قرن ولاهل اليمن يلملم هكذا وقت رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه المواقيت لهؤلاء وفائدة التأقيت
المنع عن تاخير الاحرام عنها لانه يجوز التقديم عليها بالاتفاق ثم الافاقي اذا انتهى اليها على قصد
دخول مكة عليه ان يحرم قصد الحج او العمرة او لم يقصد عندنا لقوله عم لا يجاوز احد الميقات الا محرما
ولان وجوب الاحرام لتعظيم هذه البقعة الشريفة فيستوي فيه الحاج والمعتمر وغيرهما ومن كان داخل
الميقات له ان يدخل مكة بلا احرام لحاجته لانه يكثر دخوله مكة وفي ايجاب الاحرام في كل مرة حرج
بين فصار كاهل مكة حيث يباح لهم الخروج منها ثم دخولها بغير احرام بخلاف ما اذا قصد اداء
النسك لانه يتحقق احيانا فلا حرج فان قدم الاحرام على هذه المواقيت جاز لقوله تعالى
واتموا الحج والعمرة لله واتمامهما ان يحرم بهما من دويرة اهلك هكذا قاله علي وابن مسعود رضي الله عنهما والافضل
التقديم عليها لان اتمام الحج مفسر به والمشقة فيه اكثر والتعظيم اوفر وعن ابي حنيفة رح انما يكون افضل
اذا كان يملك نفسه ان لا يقع في محظور ومن كان داخل الميقات فوقته الحل معناه الحل الذي بين المواقيت
وبين الحرم لانه يجوز احرامه من دويرة اهله وما وراء الميقات الى الحرم مكان واحد ومن كان بمكة فوقته في
الحج الحرم وفي العمرة الحل لانه عليه السلام امر اصحابه رضي الله عنهم بان يحرموا بالحج من جوف مكة وامر
اخا عائشة رضي الله عنها ان يعمرها من التنعيم وهو في الحل ولان اداء الحج في عرفة وهي في الحل
فيكون الاحرام من الحرم ليتحقق نوع سفر واداء العمرة في الحرم فيكون من الحل لهذا الا ان التنعيم
افضل لورود الاثر به باب الاحرام فاذا اراد الاحرام اغتسل او توضأ والغسل
لما روي انه عم اغتسل لاحرامه الا انه للتنظيف حتى تؤمر به الحائض وان لم يقع فرضا عنها فيقوم
الوضوء مقامه كما في الجمعة لكن الغسل افضل لان معنى النظافة فيه اتم ولانه عم اختاره قال ولبس
ثوبين جديدين او غسيلين ازارا ورداء لانه عم ائتزر وارتدى عند احرامه ولانه ممنوع عن لبس المخيط

ولابد

ولابد من ستر العورة ودفع الحر والبرد وذلك فيما عيناه والجديد افضل لانه اقرب الى الطهارة
قال ومس طيبا ان كان له وعن محمد رح انه يكره اذا تطيب بما يبقى عينه بعد الاحرام وهو
قول مالك والشافعي رحمهما الله لانه منتفع بالطيب بعد الاحرام وجه المشهور حديث عائشة رضي الله عنها
قالت كنت اطيب رسول الله عم لاحرامه قبل ان يحرم ولان الممنوع عنه التطيب بعد الاحرام
والباقي كالتابع له لاتصاله به بخلاف الثوب لانه مباين عنه قال وصلى ركعتين لما روى
جابر رضي الله عنه ان النبي عم صلى بذي الحليفة ركعتين عند احرامه قال اللهم اني اريد الحج فيسره
لي وتقبله مني لان اداءها في ازمنة متفرقة واماكن متباينة فلا يعرى عن المشقة عادة فيسأل
التيسير وفي الصلوة لم يذكر مثل هذا الدعاء لان مدتها يسيرة واداؤها عادة متيسرة
قال ثم يلبي عقيب صلوته لما روي ان النبي عم لبى في دبر صلوته وان لبى بعد ما استوت به راحلته
جاز ولكن الاول افضل لما روينا وان كان مفردا بالحج ينوي بتلبيته الحج لانه عبادة والاعمال
بالنيات والتلبية ان يقول لبيك اللهم لبيك لبيك لا شريك لك لبيك ان الحمد والنعمة لك والملك
لا شريك لك وقوله ان الحمد بكسر الالف لا بفتحها ليكون ابتداء لا بناء اذ الفتحة صفة الاولى وهو
اجابة لدعاء الخليل صلوات الله عليه على ما هو المعروف في القصة ولا ينبغي ان يخل بشيء من هذه الكلمات
لانه المنقول باتفاق الرواة فلا ينقص عنه ولو زاد فيها جاز خلافا للشافعي رح في رواية الربيع
عنه هو اعتبره بالاذان والتشهد من حيث انه ذكر منظوم ولنا ان اجلاء الصحابة كابن مسعود
وابن عمر وابي هريرة رضوان الله تعالى عليهم اجمعين زادوا على المأثور ولان المقصود الثناء واظهار
العبودية فلا يمنع الزيادة عليه قال واذا لبى فقد احرم يعني اذا نوى لان العبادة لا تتأدى
الا بالنية الا انه لم يذكرها لتقدم الاشارة اليها في قوله اللهم اني اريد الحج ولا يصير شارعا في
الاحرام بمجرد النية ما لم يأت بالتلبية خلافا للشافعي رح لانه عقد على الاداء فلا بد من ذكر كما في تحريمة
الصلوة ويصير شارعا بذكر يقصد به التعظيم سوى التلبية فارسية كانت او عربية هذا هو المشهور من
اصحابنا رحمهم الله والفرق بينه وبين الصلوة على اصلهما ان باب الحج اوسع من باب الصلوة حتى
يقام غير الذكر مقام الذكر كتقليد البدن فكذا غير التلبية وغير العربية قال ويتقي ما نهى الله
عنه من الرفث والفسوق والجدال والاصل فيه قوله تعالى فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج فهذا
نهي بصيغة النفي والرفث الجماع او الكلام الفاحش او ذكر الجماع بحضرة النساء والفسوق المعاصي
وهو في حال الاحرام اشد حرمة والجدال ان يجادل رفيقه وقيل مجادلة المشركين في تقديم وقت

الحج وتأخيره ولا يقتل صيدا لقوله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم ولا يشير اليه لحديث ابي قتادة رضي الله عنه
انه اصاب حمار وحش وهو حلال واصحابه محرمون فقال النبي عليه السلام لاصحابه هل اشرتم هل دللتم
هل اعنتم فقالوا لا فقال اذا فكلوا ولانه ازالة الامن عن الصيد لانه آمن بتوحشه وبعده
عن الاعين ولا يلبس قميصا ولا سراويل ولا عمامة ولا قلنسوة ولا قباء ولا خفين الا ان لا يجد
نعلين فيقطعهما اسفل من الكعبين لما روي ان النبي عليه السلام نهى ان يلبس المحرم هذه الاشياء
وقال في آخره ولا خفين الا ان لا يجد نعلين فليقطعهما اسفل من الكعبين والكعب هنا المفصل
الذي في وسط القدم عند معقد الشراك فيما روى هشام عن محمد رحمهما الله قال
ولا يغطي وجهه ولا رأسه وقال الشافعي يجوز تغطية الوجه لقوله عليه السلام احرام الرجل
في رأسه واحرام المرأة في وجهها ولنا قوله عليه السلام لا تخمروا وجهه ولا رأسه فانه يبعث
يوم القيامة ملبيا قاله في محرم توفي ولان المرأة لا تغطي وجهها مع ان في الكشف فتنة
فالرجل بطريق الاولى وفائدة ما روي الفرق في تغطية الرأس قال ولا يمس طيبا
لقوله عليه السلام الحاج الشعث التفل ولا يدهن لما روينا ولا يحلق رأسه ولا شعر بدنه لقوله تعالى
ولا تحلقوا رؤسكم الاية ولا يقص لحيته لانه في معنى الحلق ولان فيه ازالة الشعث وقضاء التفث
قال ولا يلبس ثوبا مصبوغا بورس ولا زعفران ولا عصفر لقوله عليه السلام لا يلبس المحرم ثوبا مسه
زعفران ولا ورس قال الا ان يكون غسيلا لا ينفض لان المنع للطيب لا للون وقال الشافعي
رحمه الله لا بأس بلبس المعصفر لانه لون لا طيب له ولنا ان له رائحة طيبة قال ولا بأس بان يغتسل
ويدخل الحمام لان عمر رضي الله عنه اغتسل وهو محرم ولا بأس بان يستظل بالبيت والمحمل وقال مالك
يكره ان يستظل بالفسطاط وما اشبه ذلك لانه يشبه تغطية الرأس ولنا ان عثمان رضي الله عنه
كان يضرب له فسطاط في احرامه ولانه لا يمس بدنه فاشبه البيت ولو دخل تحت استار
الكعبة حتى غطته ان كان لا يصيب رأسه ولا وجهه فلا بأس به لانه استظلال ولا بأس بان
يشد في وسطه الهميان وقال مالك يكره اذا كان فيه نفقة غيره لانه لا ضرورة ولنا انه ليس
في معنى لبس المخيط فاستوت فيه الحالتان ولا يغسل رأسه ولا لحيته بالخطمي لانه نوع طيب
ولانه يقتل هوام الرأس قال ويكثر من التلبية عقيب الصلوات وكلما علا شرفا او هبط واديا
او لقي ركبانا وبالاسحار لان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يلبون في هذه الاحوال والتلبية
في الاحرام على مثال التكبير في الصلوة فيؤتى بها عند الانتقال من حال الى حال ويرفع صوته

بالتلبية لقوله عليه السلام افضل الحج العج والثج فالعج رفع الصوت بالتلبية والثج اراقة الدم
قال فاذا دخل مكة ابتدأ بالمسجد الحرام لما روي ان النبي عليه السلام كما دخل مكة دخل
المسجد ولان المقصود زيارة البيت وهو فيه ولا يضره ليلا دخلها او نهارا لانه
دخول بلدة فلا يختص باحدهما واذا عاين البيت كبر وهلل وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول
اذا لقي البيت بسم الله والله اكبر ومحمد رحمه الله لم يعين في الاصل لمشاهد الحج شيئا من الدعوات لان التوقيت
يذهب بالرقة وان تبرك بالمنقول منها فحسن قال ثم ابتدأ بالحجر الاسود فاستقبله وكبر
وهلل لما روي ان النبي عليه السلام دخل المسجد فابتدأ بالحجر فاستقبله وكبر وهلل قال ويرفع يديه لقوله عليه السلام لا ترفع
الايدي الا في سبع مواطن وذكر من جملتها استلام الحجر قال ويستلمه ان استطاع من غير ان يؤذي
مسلما لما روي ان النبي عليه السلام قبل الحجر الاسود ووضع شفتيه عليه وقال لعمر رضي الله عنه انك رجل ايد تؤذي
الضعيف فلا تزاحم الناس على الحجر ولكن ان وجدت فرجة فاستلمه والا فاستقبله وهلل وكبر
ولان الاستلام سنة والتحرز عن اذى المسلم واجب قال وان امكنه ان يمس الحجر شيئا
في يده كالعرجون وغيره ثم قبل ذلك فعل لما روي ان النبي عليه السلام طاف على راحلته واستلم
الاركان بمحجنه وان لم يستطع شيئا من ذلك استقبله وكبر وهلل وحمد الله تعالى وصلى على النبي
عليه السلام قال ثم اخذ عن يمينه مما يلي الباب وقد اضطبع رداءه فيطوف بالبيت سبعة اشواط
لما روي عن النبي عليه السلام انه استلم الحجر ثم اخذ عن يمينه مما يلي الباب فطاف سبعة اشواط والاضطباع
ان يجعل رداءه تحت ابطه الايمن ويلقيه على كتفه الايسر وهو سنة وقد نقل ذلك عن رسول الله
قال ويجعل طوافه من وراء الحطيم وهو اسم لموضع فيه الميزاب سمي به لانه حطم من البيت اي كسر
وسمي حجرا لانه حجر منه اي منع وهو من البيت لقوله عليه السلام في حديث عائشة رضي الله عنها فان
الحطيم من البيت فلهذا يجعل الطواف من ورائه حتى لو دخل الفرجة التي بينه وبين البيت لا يجوز
الا انه اذا استقبل الحطيم وحده لا تجوز الصلوة لان فرضية التوجه ثبت بالكتاب فلا يتأدى
بما ثبت بخبر الواحد احتياطا والاحتياط في الطواف ان يكون وراءه قال ويرمل
في الثلاث الاول من الاشواط والرمل ان يهز في مشيه الكتفين كالمبارز يتبختر بين
الصفين وذلك مع الاضطباع وكان سببه اظهار الجلد للمشركين حين قالوا اضناهم
حمى يثرب ثم بقي الحكم بعد زوال السبب في زمن النبي عليه السلام وبعده قال ويمشي في الباقي على
هينته على ذلك اتفق رواة نسك رسول الله صلى الله عليه وسلم والرمل من الحجر الى الحجر هو المنقول من رمل النبي عليه السلام

فان زحمه الناس في الرمل قام فاذا وجد مسلكا رمل لانه لا بدل له فيقف حتى يقيمه على وجه
السنة بخلاف الاستلام لان الاستقبال بدل له قال ويستلم الحجر كلما مر به ان استطاع لان اشواط
الطواف كركعات الصلوة فكما يفتتح كل ركعة بالتكبير يفتتح كل شوط باستلام الحجر وان لم يستطع
الاستلام استقبل وكبر وهلل على ما ذكرنا ويستلم الركن اليماني وهو حسن في ظاهر الرواية وعن
محمد رح انه سنة ولا يستلم غيرهما فان النبي عم كان يستلم هذين الركنين ولا يستلم غيرهما ويختم
الطواف بالاستلام يعني استلام الحجر قال ثم ياتي المقام مقام ابراهيم عم فيصلي عنده ركعتين او حيث تيسر من المسجد
وهي واجبة عندنا وقال الشافعي رح سنة لانعدام دليل الوجوب ولنا قوله عم وليصل الطائف
لكل اسبوع ركعتين والامر للوجوب ثم يعود الى الحجر فيستلمه لما روي ان النبي عم لما صلى ركعتين عاد
الى الحجر والاصل ان كل طواف بعده سعي يعود الى الحجر لان الطواف لما كان يفتتح بالاستلام فكذا السعي
يفتتح به بخلاف ما اذا لم يكن بعده سعي يعود الى الحجر لان الطواف لما كان يفتتح بالاستلام فكذا السعي
يفتتح به بخلاف ما اذا لم يكن بعده سعي قال وهذا الطواف طواف القدوم ويسمى طواف التحية وهو
سنة وليس بواجب وقال مالك رح انه واجب لقوله عم من اتى البيت فليحيه بالطواف ولنا ان
الله تعالى امر بالطواف والامر المطلق لا يقتضي التكرار وقد تعين طواف الزيارة بالاجماع وفيما رواه
سماه تحية وهو دليل الاستحباب وليس على اهل مكة طواف القدوم لانعدام القدوم في حقهم
قال ثم يخرج الى الصفا فيصعد عليه ويستقبل البيت ويكبر ويهلل ويصلي على النبي عم
ويرفع يديه ويدعو الله تعالى لحاجته لما روي ان النبي عم صعد الصفا حتى اذا نظر الى البيت قام
مستقبل القبلة يدعو الله ولان الثناء والصلوة يقدمان على الدعاء تقريبا الى الاجابة كما في غيره
من الدعوات والرفع سنة الدعاء وانما يصعد بقدر ما يصير البيت بمرأى منه لان الاستقبال
هو المقصود بالصعود ويخرج الى الصفا من اي باب شاء وانما خرج النبي عم من باب بني مخزوم
وهو الذي يسمى باب الصفا لانه كان اقرب الابواب الى الصفا لا انه سنة قال ثم
ينحط نحو المروة ويمشي على هينته فاذا بلغ بطن الوادي سعى بين الميلين الاخضرين سعيا ثم يمشي على هينته حتى ياتي المروة
فيصعد عليها ويفعل كما فعل على الصفا لما روي ان النبي عم نزل من الصفا وجعل يمشي نحو المروة
وسعى في بطن الوادي حتى اذا خرج من بطن الوادي مشى حتى صعد المروة وطاف بينهما سبعة
اشواط قال وهذا شوط فيطوف سبعة اشواط يبتدئ بالصفا ويختم بالمروة ويسعى في بطن الوادي
في كل شوط لما روينا وانما يبدأ بالصفا لقوله عم فيه ابدؤا بما بدأ الله تعالى به ثم السعي

بين

بين الصفا والمروة واجب وليس بركن وقال الشافعي رح انه ركن لقوله عم ان الله تعالى كتب عليكم السعي
فاسعوا ولنا قوله تعالى فلا جناح عليه ان يطوف بهما ومثله يستعمل للاباحة فينفي الركنية والايجاب
الا انا عدلنا عنه في الايجاب ولان الركنية لا تثبت الا بدليل مقطوع به ولم يوجد ثم ما رواه كتب استحبابا
كما في قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت الاية قال ثم يقيم بمكة حراما لانه محرم بالحج فلا يتحلل قبل الاتيان
بافعاله ويطوف بالبيت كلما بدا له لانه يشبه الصلوة قال عم الطواف بالبيت صلوة والصلوة خير موضوع
فكذا الطواف الا انه لا يسعى عقيب هذه الاطوفة في هذه المدة لان السعي لا يجب فيه الا مرة والتنفل بالسعي
غير مشروع ويصلي لكل اسبوع ركعتين وهي ركعتا الطواف على ما بينا قال فاذا كان قبل يوم
التروية بيوم خطب الامام بعد الزوال ويصلي الظهر خطبة يعلم فيها الناس الخروج الى منى والصلوة بعرفات والوقوف
والافاضة والحاصل ان في الحج ثلاث خطب اولها ما ذكرنا والثانية بعرفات يوم عرفة والثالثة
بمنى في اليوم الحادي عشر فيفصل بين كل خطبتين بيوم وقال زفر رح يخطب في ثلاثة ايام متوالية
اولها يوم التروية لانها ايام الموسم ومجتمع الحاج ولنا ان المقصود منها التعليم ويوم التروية ويوم
النحر يوما اشتغال فكان ما ذكرنا انفع وفي القلوب انجع قال واذا صلى الفجر يوم التروية بمكة خرج
الى منى فيقيم بها حتى يصلي الفجر من يوم عرفة لما روي ان النبي عم صلى الفجر يوم التروية بمكة فلما طلعت
الشمس راح الى منى فصلى بمنى الظهر والعصر والمغرب والعشاء والفجر ثم راح الى عرفات ولو بات
بمكة ليلة عرفة وصلى بها الفجر ثم غدا الى عرفات ومر بمنى اجزاه لانه لا يتعلق بمنى في هذا اليوم
اقامة نسك ولكنه اساء في تركه الاقتداء برسول الله عم قال ثم يتوجه الى عرفات فيقيم بها
لما روينا وهذا بيان الاولوية اما لو دفع قبله جاز لانه لا يتعلق بهذا المقام حكم قال في الاصل
وينزل فيها مع الناس لان الانتباذ تجبر والحال حال تضرع والاجابة في الجمع ارجى وقيل
مراده ان لا ينزل على الطريق كيلا يضيق على المارة قال واذا زالت الشمس يصلي الامام
بالناس الظهر والعصر فيبتدئ ويخطب خطبة يعلم فيها الناس الوقوف بعرفة والمزدلفة ورمي الجمار
والنحر والحلق وطواف الزيارة ويخطب خطبتين يجلس بينهما جلسة كما في الجمعة هكذا فعل
رسول الله عم وقال مالك رح يخطب بعد الصلوة لانها خطبة وعظ وتذكير فاشبه خطبة العيد
ولنا ما روينا ولان المقصود منها تعليم المناسك والجمع منها وفي ظاهر المذهب اذا صعد الامام
المنبر فجلس اذن المؤذنون بين يدي المنبر كما في الجمعة وعن ابي يوسف رح انه يؤذن قبل
خروج الامام وعنه انه يؤذن بعد الخطبة والصحيح ما ذكرنا لان النبي عم لما خرج واستوى على ناقته

اي ظاهر المذهب

اذن المؤذنون بين يديه ويقيم المؤذن بعد الفراغ من الخطبة لانه اوان الشروع في الصلوة فاشبه
الجمعة قال ويصلي بهم الظهر والعصر في وقت الظهر باذان واقامتين وقد ورد النقل
المستفيض باتفاق الرواة بالجمع بين الصلوتين ثم بيانه يؤذن للظهر ويقيم للظهر ثم يقيم للعصر
لان العصر تؤدى قبل وقته المعهود فيفرد بالاقامة اعلاما للناس ولا يتطوع بين الصلوتين
تحصيلا لمقصود الوقوف ولهذا قدم العصر على وقته فلو انه فعل فعل مكروها واعاد الاذان للعصر
في ظاهر الرواية خلافا لما روي عن محمد رح لان الاشتغال بالتطوع او بعمل اخر يقطع فور الاذان الاول
فيعيده للعصر فان صلى بغير خطبة اجزاه لان هذه الخطبة ليست بفريضة قال ومن صلى الظهر في رحله
وحده صلى العصر في وقته عند ابي حنيفة رح وقالا يجمع بينهما المنفرد لان جواز الجمع للحاجة الى امتداد
الوقوف والمنفرد يحتاج اليه ولابي حنيفة رح ان المحافظة على الوقت فرض بالنصوص فلا يجوز تركه الا فيما
ورد الشرع به وهو الجمع بالجماعة مع الامام والتقديم لصيانة الجماعة لانه يعسر عليهم الاجتماع للعصر بعد
ما تفرقوا في الموقف لا لما ذكرناه اذ لا منافاة ثم عند ابي حنيفة رح الامام شرط في الصلوتين جميعا وقال
زفر رح في العصر خاصة لانه هو المغير عن وقته وعلى هذا الخلاف الاحرام بالحج ولابي حنيفة رح ان
التقديم على خلاف القياس عرف شرعه فيما اذا كانت العصر مرتبة على ظهر مؤدى بالجماعة مع الامام
في حالة الاحرام بالحج فيقتصر عليه ثم لا بد من الاحرام بالحج قبل الزوال في رواية تقديما للاحرام
على وقت الجمع وفي اخرى يكتفي بالتقديم على الصلوة لان المقصود هو الصلوة قال ثم يتوجه
الى الموقف فيقف بقرب الجبل والقوم معه عقيب انصرافهم من الصلوة لان النبي عم راح
الى الموقف عقيب الصلوة والجبل يسمى جبل الرحمة والموقف الموقف الاعظم قال وعرفات
كلها موقف الا بطن عرنة لقوله عم عرفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن عرنة والمزدلفة
كلها موقف وارتفعوا عن وادي محسر قال وينبغي للامام ان يقف بعرفة على راحلته لان النبي عم وقف
على ناقته وان وقف على قدميه جاز والاول افضل لما بينا وينبغي ان يقف مستقبل القبلة لان النبي عم
وقف كذلك وقال عم خير المواقف ما استقبلت به القبلة ويدعو ويعلم الناس المناسك لما روي
ان النبي عم كان يدعو يوم عرفة مادا يديه كالمستطعم المسكين ويدعو بما شاء وان ورد الاثار ببعض
الدعوات وقد اوردنا تفصيلها في كتابنا المترجم بعدة الناسك في عدة المناسك بتوفيق الله تعالى وينبغي
للناس ان يقفوا بقرب الامام لانه يدعو ويعلم فيعوا ويسمعوا وينبغي ان يقف وراء الامام ليكون
مستقبل القبلة وهذا بيان الافضلية لان عرفة كلها موقف على ما ذكرنا قال ويستحب ان يغتسل قبل

الوقوف

وفيما روى جابر رضي الله عنه ان النبي عم صلاهما باذان واقامتين صح

الوقوف بعرفة ويجتهد في الدعاء اما الاغتسال فهو سنة وليس بواجب ولو اكتفى بالوضوء جاز كما في الجمعة
والعيدين وعند الاحرام واما الاجتهاد فلانه عم اجتهد في الدعاء في هذا الموقف لامته فاستجيب له الا في الدماء
والمظالم ويلبي في موقفه ساعة بعد ساعة وقال مالك رح يقطع التلبية كما يقف بعرفة لان الاجابة باللسان
قبل الاشتغال بالاركان ولنا ما روي ان النبي عم ما زال يلبي حتى اتى جمرة العقبة ولان التلبية فيه كالتكبير
فيأتي بها الى اخر جزء من الاحرام قال واذا غربت الشمس افاض الامام والناس معه على هينتهم حتى يأتوا مزدلفة
لان النبي عم دفع بعد غروب الشمس ولان فيه اظهار مخالفة المشركين وكان عم يمشي على راحلته في الطريق على
هينته فان خاف الزحام فدفع قبل الامام ولم يجاوز حدود عرفة اجزاه لانه لم يفض من عرفة والافضل ان
يقف في مقامه كيلا يكون اخذا في الاداء قبل وقتها ولو مكث قليلا بعد غروب الشمس وافاضة الامام لخوف
الزحام فلا بأس به لما روي ان عائشة رضي الله عنها بعد افاضة الامام دعت بشراب فافطرت ثم افاضت
قال واذا اتى مزدلفة فالمستحب ان يقف بقرب الجبل الذي عليه الميقدة يقال له قزح لان النبي عم وقف
عند هذا الجبل وكذا عمر رضي الله عنه ويتحرز في النزول عن الطريق كيلا يضر بالمارة فينزل عن يمينه او يساره
ويستحب ان يقف وراء الامام لما بينا في الوقوف بعرفة قال ويصلي الامام بالناس المغرب والعشاء
باذان واقامة واحدة وقال زفر رح باذان واقامتين اعتبارا بالجمع بعرفة ولنا رواية جابر رض ان النبي عم
جمع بينهما باذان واقامة واحدة ولان العشاء في وقته فلا يفرد بالاقامة اعلاما بخلاف العصر بعرفة لانه مقدم
على وقته فافرد بها لزيادة الاعلام ولا يتطوع بينهما لانه يخل بالجمع ولو تطوع او تشاغل بشيء اعاد الاقامة لوقوع
الفصل وكان ينبغي ان يعيد الاذان كما في الجمع الاول بعرفة الا انا اكتفينا باعادة الاقامة لما روي ان النبي عم صلى
المغرب بمزدلفة ثم تعشى ثم افرد الاقامة للعشاء ولا تشترط الجماعة لهذا الجمع عند ابي حنيفة رح لان
المغرب مؤخرة عن وقتها بخلاف الجمع بعرفة لان العصر مقدم على وقته ومن صلى المغرب في الطريق وحده
لم يجزه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعليه اعادتها ما لم يطلع الفجر وقال ابو يوسف رح يجزيه وقد اساء وعلى
هذا الخلاف اذا صلى بعرفات لابي يوسف رح انه اداها في وقتها فلا تجب اعادتها كما بعد طلوع الفجر الا
ان التأخير من السنة فيصير مسيئا بتركه ولهما ما روي ان النبي عم قال لاسامة رضي الله عنه في طريق المزدلفة الصلوة
امامك معناه وقت الصلوة وهذا اشارة الى ان التأخير واجب وانما وجب ليمكنه الجمع بين الصلوتين
بالمزدلفة فكان عليه الاعادة ما لم يطلع الفجر ليصير جامعا بينهما واذا طلع الفجر لا يمكنه الجمع فسقطت الاعادة
قال واذا طلع الفجر يصلي الامام بالناس الفجر بغلس لرواية ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي عم صلاها يومئذ
بغلس ولان في التغليس دفع حاجة الوقوف فيجوز كتقديم العصر بعرفة ثم وقف ووقف معه الناس فدعا لان

النبي عم وقف في هذا الموضع يدعو حتى روي في حديث ابن عباس رض فاستجيب له دعاؤه لامته حتى الدماء
والمظالم ثم هذا الوقوف واجب عندنا وليس بركن حتى لو تركه بغير عذر يلزمه الدم وقال الشافعي رح انه ركن لقوله تعالى
فاذكروا الله عند المشعر الحرام وبمثله يثبت الركنية ولنا ما روي انه عليه السلام قدم ضعفة اهله بالليل ولو كان
ركنا لما فعل ذلك والمذكور فيما تلي الذكر وهو ليس بركن بالاجماع وانما عرفنا الوجوب بقوله عم من وقف معنا هذا
الموقف وقد كان افاض قبل ذلك من عرفات فقد تم حجه علق به تمام الحج وهذا يصلح امارة الوجوب غير انه
اذا تركه بعذر بان يكون به ضعف او علة او كانت امراة تخاف الزحام لا شيء عليه لما روينا قال
والمزدلفة كلها موقف الا وادي محسر لما روينا من قبل قال واذا طلعت الشمس افاض الامام والناس معه حتى
يأتوا منى قال رضي الله عنه هكذا وقع في نسخ المختصر وهذا غلط والصحيح اذا اسفر افاض الامام والناس
لان النبي عم دفع قبل طلوع الشمس قال ويبتدئ بجمرة العقبة فيرميها من بطن الوادي بسبع حصيات مثل
حصى الخذف لان النبي عم لما اتى منى لم يعرج على شيء حتى رمى جمرة العقبة وقال عليه السلام عليكم
بحصى الخذف لا يؤذي بعضكم بعضا ولو رمى باكبر منه جاز لحصول الرمي غير انه لا يرمي بالكبار
من الاحجار كيلا يتاذى به غيره ولو رماها من فوق العقبة اجزاه لان ما حولها موضع النسك
والافضل ان يكون من بطن الوادي لما روينا ويكبر مع كل حصاة كذا روى ابن مسعود
وابن عمر رضي الله عنهم ولو سبح مكان التكبير اجزاه لحصول الذكر وهو من اداب الرمي ولا يقف
عندها لان النبي عم لم يقف عندها ويقطع التلبية مع اول حصاة لما روينا عن ابن مسعود
رضي الله عنه وروى جابر رضي الله عنه ان النبي عم قطع التلبية عند اول حصاة رمى بها
جمرة العقبة ثم كيفية الرمي ان يضع الحصاة على ظهر ابهامه اليمنى ويستعين بالمسبحة ومقدار الرمي
ان يكون بين الرامي وبين موضع السقوط خمسة اذرع كذا روى الحسن عن ابي حنيفة
لان ما دون ذلك يكون طرحا ولو طرحها طرحا اجزاه لانه رمى الى قدميه الا انه
مسيء لمخالفته السنة ولو وضعها وضعا لم يجزه لانه ليس برمي ولو رماها فوقعت قريبا
من الجمرة يكفيه لان هذا القدر مما لا يمكن الاحتراز عنه ولو وقعت بعيدا منها لا يجزيه لانه لم يعرف
قربة الا في مكان مخصوص ولو رمى بسبع حصيات جملة فهذه واحدة لان المنصوص عليه تفرق
الافعال ويأخذ الحصى من اي موضع شاء الا من عند الجمرة فان ذلك يكره لان ما عندها من
الحصى مردود هكذا جاء في الاثر فيتشاءم به ومع هذا لو فعل اجزاه لوجود فعل الرمي ويجوز
الرمي بكل ما كان من اجزاء الارض عندنا خلافا للشافعي لان المقصود فعل الرمي وذلك يحصل

بالطين

بالطين كما يحصل بالحجر بخلاف ما اذا رمى بالذهب والفضة لانه يسمى نثارا لا رميا قال ثم يذبح ان احب
ثم يحلق او يقصر لما روي عنه عم انه قال ان اول نسكنا في يومنا هذا ان نرمي ثم نذبح ثم نحلق ولان الحلق من اسباب
التحلل وكذا الذبح حتى يتحلل به المحصر فيقدم الرمي عليهما ثم الحلق من محظورات الاحرام فيقدم عليه الذبح وانما
علق الذبح بالمحبة لان الدم الذي يأتي به المفرد تطوع والكلام في المفرد والحلق افضل لقوله عم
رحم الله المحلقين الحديث ظاهر بالترحم عليهم ولان الحلق اكمل في قضاء التفث وهو المقصود وفي التقصير
بعض التقصير فاشبه الاغتسال مع الوضوء ويكتفي في الحلق بربع الراس اعتبارا بالمسح وحلق الكل اولى اقتداء
برسول الله صلى الله عليه وسلم والتقصير ان يأخذ من رؤس شعره مقدار الانملة وقد حل له كل شيء
الا النساء وقال مالك رح الا الطيب ايضا لانه من دواعي الجماع ولنا قوله عم فيه حل له كل شيء
الا النساء وهو مقدم على القياس ولا يحل له الجماع فيما دون الفرج عندنا خلافا للشافعي رح لانه قضاء
الشهوة بالنساء فيؤخر الى تمام الاحلال ثم الرمي ليس من اسباب التحلل عندنا خلافا للشافعي رح هو
يقول انه يتوقت بيوم النحر كالحلق والرمي ليس بجناية بخلاف الطواف لان التحلل بالحلق ان لم
لا به قال ثم يأتي مكة من يومه ذلك او من الغد او من بعد الغد فيطوف طواف الزيارة سبعة اشواط لما روي
ان النبي عم لما حلق افاض الى مكة فطاف بالبيت ثم عاد الى منى وصلى الظهر بمنى ووقته ايام
النحر لان الله تعالى عطف الطواف على الذبح قال الله تعالى فكلوا منها ثم قال وليطوفوا بالبيت العتيق
فكان وقتهما واحدا واول وقته بعد طلوع الفجر من يوم النحر لان ما قبله من الليل وقت الوقوف بعرفة والطواف
مرتب عليه وافضل هذه الايام اولها كما في التضحية وفي الحديث افضلها اولها وان كان سعى بين الصفا
والمروة عقيب طواف القدوم لم يرمل في هذا الطواف ولا سعي عليه وان كان لم يقدم السعي رمل في هذا الطواف
وسعى بعده لان السعي لم يشرع الا مرة واحدة والرمل ما شرع الا مرة في طواف بعده سعي ويصلي ركعتين
بعد هذا الطواف لان ختم كل طواف بركعتين فرضا كان الطواف او نفلا لما بينا قال وقد حل له النساء ولكن بالحلق السابق
اذ هو المحلل لا بالطواف الا انه اخر عمله في حق النساء قال وهذا الطواف هو المفروض في الحج وهو ركن فيه اذ هو المأمور به
في قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق ويسمى طواف الافاضة وطواف يوم النحر ويكره تاخيره عن هذه الايام
لما بينا انه موقت بها فان اخره عنها لزمه دم عند ابي حنيفة رح وسنبينه في باب الجنايات ان شاء الله تعالى
قال ثم يعود الى منى فيقيم بها لان النبي صلى الله عليه وسلم رجع اليها كما روينا ولانه بقي الرمي عليه وموضعه بمنى
فاذا زالت الشمس من اليوم الثاني من ايام النحر رمى الجمار الثلث فيبدأ بالتي تلي مسجد الخيف فيرميها بسبع
حصيات يكبر مع كل حصاة ويقف عندها ثم يرمي التي تليها مثل ذلك ويقف عندها ثم يرمي جمرة العقبة كذلك ولا يقف عندها هكذا

الجمرة ... الجمرة الاولى

فيكون بمنزلته في التحلل ولنا ان ما يكون محللا
يكون جناية في غير اوانه كالحلق صح

روى جابر رضي الله عنه فيما نقل من نسك رسول الله عليه السلام مفسرا ويقف عند الجمرتين في المقام الذي يقف فيه الناس
ويحمد الله تعالى ويثني عليه ويهلل ويكبر ويصلي على النبي عليه السلام ويدعو لحاجته ويرفع يديه لقوله عليه السلام لا ترفع الايدي الا في سبع
مواطن وذكر من جملتها عند الجمرتين والمراد رفع الايدي بالدعاء وينبغي ان يستغفر للمؤمنين في دعائه في هذا
الموقف لان النبي عليه السلام قال اللهم اغفر للحاج ولمن استغفر له الحاج ثم الاصل ان كل رمي بعده رمي
يقف بعده لانه في وسط العبادة فيأتي بالدعاء فيه وكل رمي ليس بعده رمي لا يقف لان
العبادة قد انتهت ولهذا لا يقف بعد جمرة العقبة في يوم النحر ايضا قال واذا كان من الغد رمى
الجمار الثلث بعد زوال الشمس كذلك وان اراد ان يتعجل النفر نفر الى مكة وان اراد ان يقيم رمى
الجمار يوم الرابع بعد زوال الشمس لقوله تعالى فمن تعجل في يومين فلا اثم عليه ومن تاخر
فلا اثم عليه لمن اتقى والافضل ان يقيم لما روي ان النبي عليه السلام صبر حتى رمى الجمار الثلث في اليوم الرابع
وله ان ينفر ما لم يطلع الفجر من اليوم الرابع فاذا طلع الفجر لم يكن له ان ينفر لدخول وقت الرمي وفيه
خلاف الشافعي رح وان قدم الرمي في هذا اليوم يعني الرابع قبل الزوال بعد طلوع الفجر جاز عند ابي حنيفة
وهذا استحسان وقالا لا يجوز اعتبارا بسائر الايام وانما التفاوت في رخصة النفر فاذا لم
يترخص التحق بها ومذهبه مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما ولانه لما ظهر التفاوت في حق هذا اليوم
في حق الترك فلان يظهر في جوازه في الاوقات كلها اولى بخلاف اليوم الاول والثاني
حيث لا يجوز الرمي فيهما الا بعد الزوال في المشهور من الرواية لانه لا يجوز تركه فيهما فبقي على الاصل المروي
فاما يوم النحر فاول وقت الرمي فيه من وقت طلوع الفجر وقال الشافعي رح اوله بعد نصف الليل لما
روي ان النبي عليه السلام رخص للرعاء ان يرموا ليلا ولنا قوله عليه السلام لا ترموا جمرة العقبة الا مصبحين
ويروى حتى تطلع الشمس فيثبت اصل الوقت بالاول والافضلية بالثاني وتاويل ما روي
الليلة الثانية والثالثة ولان ليلة النحر وقت الوقوف والرمي يترتب عليه فيكون وقته
بعده ضرورة ثم عند ابي حنيفة رح يمتد هذا الوقت الى غروب الشمس لقوله عليه السلام ان اول نسكنا في هذا اليوم
الرمي جعل اليوم وقتا له وذهابه بغروب الشمس وعن ابي يوسف رح انه يمتد الى وقت الزوال
والحجة عليه ما روينا وان اخره الى الليل رماه ولا شيء عليه لحديث الرعاء وان اخره الى الغد
رماه لانه وقت جنس الرمي وعليه دم عند ابي حنيفة رح لتاخيره عن وقته كما هو مذهبه قال
فان رماها راكبا اجزاه لحصول فعل الرمي وكل رمي بعده رمي فالافضل ان يرميه ماشيا
والا فيرميه راكبا لان الاول بعده وقوف ودعاء لما ذكرنا فيرمي ماشيا ليكون اقرب الى التضرع

وبيان

وبيان الافضل مروي عن ابي يوسف رح ويكره ان لا يبيت بمنى ليالي الرمي لان النبي عليه السلام
بات بها وعمر رضي الله عنه كان يؤدب على ترك المقام بها ولو بات في غيرها متعمدا لا يلزمه
شيء عندنا خلافا للشافعي رح لانه وجب ليسهل عليه الرمي في ايامه فلم يكن من افعال الحج فتركه لا يوجب
الجابر قال ويكره ان يقدم الرجل ثقله الى مكة ويقيم حتى يرمي لما روي ان عمر رضي الله عنه كان
يمنع منه ويؤدب عليه ولانه يوجب شغل قلبه واذا نفر الى مكة نزل بالمحصب وهو الابطح وهو اسم مكان قد
نزل به رسول الله عليه السلام وكان نزوله قصدا وهو الاصح حتى يكون النزول به سنة على ما روي انه عليه السلام قال
لاصحابه انا نازلون غدا بالخيف خيف بني كنانة حيث تقاسم المشركون فيه على شركهم يشير الى عهدهم
على هجران بني هاشم فعرفنا انه نزل به اراءة للمشركين لطيف صنع الله تعالى به فصار سنة كالرمل في الطواف
قال ثم دخل مكة وطاف بالبيت سبعة اشواط لا يرمل فيها وهذا طواف الصدر ويسمى طواف الوداع
وطواف اخر عهد بالبيت لانه يودع البيت ويصدر عنه وهو واجب عندنا خلافا للشافعي رحمه الله
لقوله عليه السلام من حج هذا البيت فليكن اخر عهده بالبيت الطواف ورخص للنساء الحيض الا على اهل مكة
لانهم لا يصدرون ولا يودعون ولا رمل فيه لما بينا انه شرع مرة واحدة ويصلي ركعتي الطواف
بعده لما قدمنا ويأتي زمزم فيشرب من مائها لما روي انه عليه السلام استقى دلوا بنفسه فشرب منه
ثم افرغ باقي الدلو في البئر ويستحب ان ياتي الباب ويقبل العتبة ويأتي الملتزم وهو ما بين الحجر
الى الباب فيضع صدره ووجهه عليه ويتشبث بالاستار ساعة ثم يعود الى اهله هكذا روي ان
النبي عليه السلام فعل بالملتزم ذلك قالوا وينبغي ان ينصرف وهو يمشي وراءه ووجهه الى البيت متباكيا
متحسرا على فراق البيت حتى يخرج من المسجد فهذا بيان تمام الحج قال فان لم يدخل المحرم مكة
وتوجه الى عرفات ووقف بها على ما بينا سقط عنه طواف القدوم لانه شرع في ابتداء الحج على وجه
يترتب عليه سائر الافعال فلا يكون الاتيان به على غير ذلك الوجه سنة ولا شيء عليه
لتركه لانه سنة وبترك السنة لا يجب الجابر ومن ادرك الوقوف بعرفة ما بين زوال الشمس
من يومها الى طلوع الفجر من يوم النحر فقد ادرك الحج فاول وقت الوقوف بعد الزوال عندنا
وقال من ادرك عرفة بليل فقد ادرك الحج ومن فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فهذا بيان اخر الوقت
ومالك رح وان كان يقول ان اول وقته بعد طلوع الفجر او بعد طلوع الشمس فهو محجوج عليه بما رويناه
ثم اذا وقف بعد الزوال وافاض من ساعته اجزاه عندنا لانه عليه السلام ذكره بكلمة او فانه قال
الحج عرفة فمن وقف بعرفة ساعة من ليل او نهار فقد تم حجه وهي كلمة التخيير وقال مالك رح لا يجزيه

لما روي ان النبي عليه السلام وقف بعد الزوال وهذا بيان اول الوقت صح

الا ان تقف في اليوم وجزء من الليل ولكن الحجة عليه ما رويناه ومن اجتاز بعرفات
نائما او مغمى عليه او لا يعلم انها عرفات جاز عن الوقوف لان ما هو الركن قد وجد
وهو الوقوف ولا يمتنع ذلك بالاغماء والنوم كركن الصوم بخلاف الصلوة لانها لا تبقى
مع الاغماء والجهل يخل بالنية وهي ليست بشرط لكل ركن ومن اغمي عليه فاهل
عنه رفقاؤه جاز عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز ولو امر انسانا بان يحرم عنه اذا اغمي عليه
او نام فاحرم المأمور عنه صح بالاجماع حتى اذا افاق او استيقظ واتى بافعال الحج جاز
لهما انه لم يحرم بنفسه ولا اذن لغيره به وهذا لانه لم يصرح بالاذن والدلالة تقف
على العلم وجواز الاذن به لا يعرفه كثير من الفقهاء فكيف يعرفه العوام بخلاف ما اذا امر غيره
بذلك صريحا وله انه لما عاقدهم عقد الرفقة فقد استعان بكل واحد منهم فيما يعجز عن مباشرته بنفسه
والاحرام هو المقصود بهذا السفر فكان الاذن به ثابتا دلالة والعلم ثابت نظرا الى الدليل والحكم
يدار عليه قال والمرأة في جميع ذلك كالرجل لانها مخاطبة كالرجل غير انها لا تكشف رأسها لانه
عورة وتكشف وجهها لقوله عليه السلام احرام المرأة في وجهها ولو سدلت شيئا على وجهها وجافته عنه جاز هكذا روي عن عائشة رضي الله عنها
ولانه بمنزلة الاستظلال بالمحمل ولا ترفع صوتها بالتلبية لما فيه من الفتنة ولا ترمل ولا تسعى بين الميلين
لانه مخل بستر العورة ولا تحلق ولكن تقصر لما روي انه عليه السلام نهى النساء عن الحلق وامرهن بالتقصير
ولان حلق الشعر في حقها مثلة كحلق اللحية في حق الرجل وتلبس من المخيط ما بدا لها لانه في لبس غير المخيط كشف
قال المطرزي المثلة قطع بعض الاعضاء او تسويد الوجه
العورة قالوا ولا تستلم الحجر اذا كان هناك جمع لانها ممنوعة عن مماسة الرجال الا ان تجد الموضع خاليا
قال ومن قلد بدنة تطوعا او نذرا او جزاء صيد او شيئا من الاشياء وتوجه معها يريد الحج فقد احرم
لقوله عليه السلام من قلد بدنة فقد احرم ولان سوق الهدي في معنى التلبية في اظهار الاجابة لانه لا يفعله الا
من يريد الحج او العمرة واظهار الاجابة قد يكون بالفعل كما يكون بالقول فيصير به محرما لاتصال النية
بفعل هو من خصائص الاحرام وصفة التقليد ان يربط على عنق بدنته قطعة نعل او عروة مزادة
او لحاء شجرة فان قلدها وبعث بها ولم يسقها لم يصر محرما لما روي عن عائشة رضي الله عنها
انها قالت كنت افتل قلائد هدي رسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث بها واقام في اهله
حلالا فان توجه بعد ذلك لم يصر محرما حتى يلحقها لان عند التوجه اذا لم يكن بين يديه هدي
يسوقه لم يوجد منه الا مجرد النية وبمجرد النية لا يصير محرما فاذا ادركها وساقها او ادركها
فقد اقترنت نيته بعمل هو من خصائص الاحرام فيصير محرما كما لو ساقها في الابتداء قال الا في

بدنة

ظا

من الاصل الصحيح المخرج من قوله والاشعار الى البطا

مكروه عند ابي حنيفة رحمه الله فلا يكون من النسك في شيء وعندهما ان كان حسنا فقد يفعل للمعالجة بخلاف التقليد
لانه يختص بالهدي وتقليد الشاة غير معتاد وليس بسنة قال والبدن من الابل والبقر وقال الشافعي من الابل
خاصة لقوله عليه السلام في حديث الجمعة فالمتعجل منهم كالمهدي بدنة والذي يليه كالمهدي بقرة فصل بينهما ولنا ان البدنة
تنبئ عن البدانة وهي الضخامة وقد اشتركا في هذا المعنى ولهذا يجزي كل واحد منهما عن سبعة والصحيح من الرواية في الحديث
كالمهدي جزورا باب القران القران افضل من التمتع والافراد وقال الشافعي الافراد افضل وقال مالك التمتع افضل
من القران لان له ذكرا في القرآن ولا ذكر للقران فيه وللشافعي قوله عليه السلام القران رخصة ولان في الافراد زيادة التلبية
والسفر والحلق ولنا قوله عليه السلام يا آل محمد اهلوا بحجة وعمرة معا ولان فيه جمعا بين العبادتين فاشبه الصوم والاعتكاف
والحراسة في سبيل الله وصلوة الليل والتلبية غير محصورة والسفر غير مقصود والحلق خروج عن العبادة فلا يترجح بما ذكر والمقصد بما روي
نفي قول اهل الجاهلية ان العمرة في اشهر الحج من افجر الفجور وللقران ذكر في القرآن لان المراد من قوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله ان
يحرم بهما من دويرة اهله على ما روينا من قبل ثم فيه تعجيل الاحرام واستدامته احرامه من الميقات الى ان يفرغ منهما ولا كذلك التمتع
فكان القران اولى منه وقيل الاختلاف بيننا وبين الشافعي بناء على ان القارن يطوف عندنا طوافين ويسعى سعيين وعنده
طوافا واحدا وسعيا واحدا قال وصفة القران ان يهل بالعمرة والحج معا من الميقات ويقول عقيب الصلوة اللهم اني اريد الحج والعمرة فيسرهما لي
وتقبلهما مني لان القران هو الجمع بين الحج والعمرة من قولك قرنت الشيء بالشيء اذا جمعت بينهما وكذا اذا ادخل حجة على عمرة قبل ان يطوف
لها اربعة اشواط لان الجمع قد تحقق اذ الاكثر منها قائم ومتى عزم على ادائهما يسأل التيسير فيهما وقدم العمرة على الحج فيه وكذلك

بدنة المتعة فانه محرم حين توجه معناه اذا نوى الاحرام وهذا استحسان والقياس ان لا يكون
محرما وجه القياس فيه ما ذكرنا وجه الاستحسان ان هذا الهدي مشروع على الابتداء نسكا من مناسك
الحج وضعا لانه يختص بمكة ويجب شكرا للجمع بين اداء النسكين وغيره قد يجب بالجناية وان لم يصل الى مكة
فلهذا اكتفى فيه بالتوجه وفي غيره توقف على حقيقة الفعل فان جلل بدنة او اشعرها او قلد شاة لم يكن محرما
لان التجليل لدفع الحر والبرد والذباب فلم يكن من خصائص الحج والاشعار ط العبادة ولان مبنى القران
على التداخل حتى اكتفى فيه بتلبية واحدة وسفر واحد وحلق واحد فكذلك في الاركان ولنا انه لما طاف
صبي بن معبد طوافين وسعى سعيين قال له عمر رضي الله عنه هديت لسنة نبيك عليه السلام ولان القران
ضم عبادة الى عبادة وذلك انما يتحقق باداء عمل كل واحد على الكمال ولانه لا تداخل في العبادات والسفر
للتوسل والتلبية للتحريم والحلق للتحلل فليست هذه الاشياء بمقاصد بخلاف الاركان الا ترى ان شفعي
التطوع لا يتداخلان وبتحريمة واحدة يؤديان ومعنى ما رواه دخل وقت العمرة في وقت الحج قال فان
طاف طوافين لعمرته وحجته وسعى سعيين يجزيه لانه اتى بما هو المستحق عليه وقد اساء بتاخير سعي العمرة
وتقديم طواف التحية عليه ولا يلزمه شيء عندهما ظاهرا لان التقديم والتاخير في المناسك لا يوجب الدم
عندهما وعنده طواف التحية سنة وتركه لا يوجب الدم فتقديمه اولى والسعي بتاخيره بالاشتغال
بعمل آخر لا يوجب الدم فكذا بالاشتغال قال فاذا رمى الجمرة يوم النحر ذبح شاة او بقرة او بدنة او سبع
بدنة وهذا دم القران لانه في معنى المتعة والهدي منصوص عليه فيها والهدي من الابل والبقر والغنم على ما نذكره
في بابه ان شاء الله تعالى واراد بالبدنة ههنا البعير وان كان اسم البدنة يقع عليه وعلى البقر على ما ذكرنا وكما يجوز
سبع البعير يجوز سبع البقرة فاذا لم يكن له ما يذبح صام ثلاثة ايام في الحج آخرها يوم عرفة وسبعة ايام اذا رجع
الى اهله لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة ايام في الحج وسبعة اذا رجعتم تلك عشرة كاملة فالنص وان
ورد في التمتع فالقران مثله لانه مترفق باداء النسكين والمراد بالحج والله اعلم وقته لان نفسه لا يصلح ظرفا
الا ان الافضل ان يصوم قبل يوم التروية بيوم ويوم التروية ويوم عرفة لان الصوم بدل عن الهدي فيستحب تاخيره الى
آخر وقته رجاء ان يقدر على الاصل وان صامها بمكة بعد فراغه من الحج جاز ومعناه بعد مضي ايام التشريق
لان الصوم فيها منهي عنه وقال الشافعي لا يجوز لانه معلق بالرجوع الا ان ينوي المقام فحينئذ يجزيه لتعذر
الرجوع ولنا ان معناه رجعتم عن الحج اي فرغتم اذ الفراغ سبب الرجوع الى اهله فكان الاداء بعد السبب فيجوز
فان فاته الصوم حتى اتى يوم النحر لم يجزه الا الدم وقال الشافعي يصوم بعد هذه الايام لانه صوم
موقت فيقضى وقال مالك يصوم فيها لقوله تعالى في الحج وهذا وقته ولنا النهي المشهور عن الصوم في هذه الايام

فمن لم يجد فصيام ثلاثة ايام في الحج

يقول لبيك بعمرة وحجة معا لانه يبتدئ بافعال العمرة فكذلك يبدأ بذكرها وان اخر ذكرها في الدعاء والتلبية لا باس به لان
الواو للجمع ولو نوى بقلبه ولم يذكرهما في التلبية اجزاه اعتبارا بالصلاة واذا دخل مكة ابتدأ فطاف بالبيت سبعة اشواط
يرمل في الثلاث الاول منها ويسعى بعدها بين الصفا والمروة وهذه افعال العمرة ثم يبدأ بافعال الحج فيطوف طواف القدوم
سبعة اشواط ويسعى كما بينا في المفرد ويقدم افعال العمرة لقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج والقران في معنى المتعة ولا يحلق بين العمرة
والحج لان ذلك جناية على احرام الحج وانما يحلق في يوم النحر كما يحلق المفرد ويتحلل بالحلق عندنا لا بالذبح كما يتحلل المفرد ثم هذا مذهبنا وقال
الشافعي يطوف طوافا واحدا ويسعى سعيا واحدا لقوله عليه السلام دخلت العمرة في الحج الى يوم ط

صح صح

فيتقيد به النص او يدخله النقص فلا يتأدى به ما وجب كاملا ولا يؤدى بعدها لان الصوم بدل والابدال
لا تنصب الا شرعا والنص خصه بوقت الحج وجواز الدم على الاصل وعن عمر رضي الله عنه انه امر في مثله
بذبح الشاة فلو لم يقدر على الهدي تحلل وعليه دمان دم التمتع ودم التحلل قبل الهدي فان لم يدخل
القارن مكة وتوجه الى عرفات فقد صار رافضا لعمرته بالوقوف لانه تعذر عليه اداؤها لانه يصير بانيا
افعال العمرة على افعال الحج وذلك خلاف المشروع ولا يصير رافضا بمجرد التوجه هو الصحيح من مذهب ابي حنيفة
ايضا والفرق له بينه وبين مصلي الظهر يوم الجمعة اذا توجه اليها ان الامر هنالك بالتوجه متوجه بعد اداء
الظهر والتوجه في القران والتمتع منهي عنه قبل اداء العمرة فافترقا قال وسقط عنه دم القران لانه
لما ارتفضت العمرة لم يوفق لاداء النسكين وعليه قضاؤها لصحة الشروع فيها فاشبه المحصر والله اعلم

باب التمتع

التمتع افضل من الافراد وعن ابي حنيفة ان الافراد افضل لان المتمتع سفره واقع
لعمرته والمفرد سفره واقع لحجته وجه ظاهر الرواية ان في التمتع جمعا بين العبادتين فاشبه القران
ثم فيه زيادة نسك وهو اراقة الدم وسفره واقع لحجته وان تخللت العمرة لانها تبع للحج كتخلل السنة بين الجمعة
والسعي اليها والمتمتع على وجهين متمتع يسوق الهدي ومتمتع لا يسوق الهدي ومعنى التمتع الترفق باداء النسكين
في سفر واحد من غير ان يلم باهله بينهما الماما صحيحا ويدخله اختلافات نبينها ان شاء الله تعالى
وصفته ان يبتدئ من الميقات فيحرم بالعمرة ويدخل مكة فيطوف لها ويسعى ويحلق او يقصر وقد حل
من عمرته وهذا هو تفسير العمرة وكذلك اذا اراد ان يفرد بالعمرة فعل ما ذكرنا هكذا فعل رسول الله صلى الله عليه
وسلم في عمرة القضاء وقال مالك رحمه الله لا حلق عليه انما العمرة الطواف والسعي وحجتنا عليه ما روينا
وقوله تعالى محلقين رؤسكم الاية نزلت في عمرة القضاء ولانها لما كان لها تحرم بالتلبية كان لها تحلل
بالحلق كالحج ويقطع التلبية اذا ابتدأ بالطواف وقال مالك رحمه الله كما وقع بصره على البيت لان
العمرة زيارة البيت وتتم به ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم في عمرة القضاء قطع التلبية حين استلم الحجر
ولان المقصود هو الطواف فيقطعها عند افتتاحه ولهذا يقطعها الحاج عند افتتاح الرمي قال
ويقيم بمكة حلالا لانه حل من العمرة فاذا كان يوم التروية احرم بالحج من المسجد والشرط ان يحرم
من الحرم اما المسجد فليس بلازم وهذا لانه في معنى المكي وميقات المكي في الحج الحرم على ما بينا
وفعل ما يفعله الحاج المفرد لانه مؤد للحج الا انه يرمل في طواف الزيارة ويسعى بعده لان هذا اول طواف
له في الحج بخلاف المفرد لانه قد سعى مرة ولو كان هذا المتمتع بعدما احرم بالحج طاف وسعى قبل
ان يروح الى منى لم يرمل في طواف الزيارة ولا يسعى بعده لانه قد اتى بذلك مرة وعليه دم التمتع

للنص

وهو قوله فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدي

للنص الذي تلوناه فان لم يجد صام ثلاثة ايام في الحج وسبعة اذا رجع على الوجه الذي بيناه في القران فان صام
ثلاثة ايام من شوال ثم اعتمر لم يجزه عن الثلاثة لان سبب وجوب هذا الصوم التمتع لانه بدل
عن الهدي وهو في هذه الحالة غير متمتع فلا يجوز اداؤه قبل وجود سببه وان صامها بعدما احرم
بالعمرة قبل ان يطوف جاز عندنا خلافا للشافعي رحمه الله له قوله تعالى فصيام ثلاثة ايام في الحج ولنا انه اداء
بعد انعقاد سببه والمراد بالحج المذكور في النص وقته على ما بينا والافضل تاخيرها الى آخر وقتها وهو
يوم عرفة لما بينا في القران وان اراد المتمتع ان يسوق الهدي احرم وساق هديه وهذا افضل لان
النبي صلى الله عليه وسلم ساق الهدايا مع نفسه ولان فيه استعدادا ومسارعة فان كانت بدنة قلدها بمزادة
او نعل لحديث عائشة رضي الله عنها على ما رويناه والتقليد اولى من التجليل لان له ذكرا في الكتاب ولانه للاعلام والتجليل
للزينة ويلبي ثم يقلد لانه يصير محرما بتقليد الهدي والتوجه معه على ما سبق والاولى ان يعقد الاحرام بالتلبية ويسوق
الهدي وهو افضل من ان يقودها لانه عليه السلام احرم من ذي الحليفة وهداياه تساق بين يديه ولانه ابلغ في التشهير
الا اذا كانت لا تنقاد فحينئذ يقودها قال واشعر البدنة عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ولا يشعر عند ابي حنيفة رحمه الله ويكره
الاشعار هو الادماء بالجرح لغة وصفته ان يشق سنامها بان يطعن في اسفل السنام من الجانب الايمن قالوا
والاشبه هو الايسر لان النبي صلى الله عليه وسلم طعن في جانب اليسار مقصودا وفي جانب الايمن اتفاقا ويلطخ سنامها
بالدم اعلاما وهذا الصنيع مكروه عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما حسن وعند الشافعي رحمه الله سنة لانه مروي
عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم ولهما ان المقصود من التقليد ان لا يهاج اذا ورد ماء او كلأ
او يرد اذا ضل وانه في الاشعار اتم لانه الزم فمن هذا الوجه يكون سنة الا انه عارضه جهة كونه مثلة
فقلنا بحسنه ولابي حنيفة انه مثلة وانه منهي عنه ولو وقع التعارض فالترجيح للمحرم واشعار النبي صلى الله عليه وسلم
لصيانة الهدي لان المشركين لا يمتنعون عن تعرضه الا به وقيل ان ابا حنيفة رحمه الله كره اشعار اهل زمانه
لمبالغتهم فيه على وجه يخاف منه السراية وقيل انما كره ايثاره على التقليد قال فاذا دخل مكة طاف
وسعى وهذا للعمرة على ما بينا في متمتع لا يسوق الهدي الا انه لا يتحلل حتى يحرم بالحج يوم التروية لقوله عليه السلام
لو استقبلت من امري ما استدبرت لما سقت الهدي ولجعلتها عمرة وتحللت منها وهذا ينفي
التحلل عند سوق الهدي ويحرم بالحج يوم التروية كما يحرم اهل مكة على ما بينا وان قدم الاحرام قبله جاز
وما عجل المتمتع من الاحرام بالحج فهو افضل لما فيه من المسارعة وزيادة المشقة وهذه الافضلية
في حق من ساق الهدي وفي حق من لم يسق وعليه دم وهو دم التمتع على ما بينا واذا حلق
يوم النحر فقد حل من الاحرامين لان الحلق محلل في الحج كالسلام للصلوة فيتحلل به عنهما وليس

لاهل مكة تمتع ولا قران وانما لهم الافراد خاصة خلافا للشافعي رحمه الله والحجة عليه قوله تعالى ذلك لمن لم يكن اهله حاضري المسجد الحرام ولان شرعهما للترفه باسقاط احدى السفرتين وهذا في حق الآفاقي ومن كان داخل الميقات فهو بمنزلة المكي حتى لا يكون له متعة ولا قران بخلاف المكي اذا خرج الى الكوفة وقرن حيث يصح لان عمرته وحجته ميقاتيتان فصار بمنزلة الآفاقي واذا عاد المتمتع الى بلده بعد فراغه من العمرة ولم يكن ساق الهدي بطل تمتعه لانه الم باهله فيما بين النسكين الماما صحيحا وبذلك يبطل التمتع كذا روي عن عدة من التابعين واذا ساق الهدي فالمامه لا يكون صحيحا ولا يبطل تمتعه عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يبطل لانه اداهما بسفرتين ولهما ان العود مستحق عليه ما دام على نية التمتع لان السوق يمنعه من التحلل فلم يصح المامه بخلاف المكي اذا خرج الى الكوفة واحرم بعمرة وساق الهدي حيث لم يكن متمتعا لان العود هناك غير مستحق عليه فصح المامه باهله ومن احرم بعمرة قبل اشهر الحج فطاف لها اقل من اربعة اشواط ثم دخلت اشهر الحج فتممها واحرم بالحج كان متمتعا لان الاحرام عندنا شرط فيصح تقديمه على اشهر الحج وانما يعتبر اداء الافعال فيها وقد وجد الاكثر وللاكثر حكم الكل فان طاف لعمرته قبل اشهر الحج اربعة اشواط فصاعدا ثم حج من عامه ذلك لم يكن متمتعا لانه ادى الاكثر قبل اشهر الحج وهذا لانه صار بحال لا يفسد نسكه بالجماع فصار كما اذا تحلل منها قبل اشهر الحج ومالك رحمه الله يعتبر الاتمام في اشهر الحج والحجة عليه ما ذكرنا ولان الترفق باداء الافعال والمتمتع المترفق باداء النسكين في سفرة واحدة في اشهر الحج قال واشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة كذا روي عن العبادلة الثلاثة [وهم ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضي] وعبد الله بن الزبير رضوان الله عليهم اجمعين ولان الحج يفوت بمضي عشر ذي الحجة ومع بقاء الوقت لا يتحقق الفوات وهذا يدل على ان المراد من قوله تعالى الحج اشهر معلومات شهران وبعض الثالث لا كله فان قدم الاحرام بالحج عليها جاز احرامه وانعقد حجا خلافا للشافعي رحمه الله فان عنده يصير محرما بالعمرة لانه ركن عنده وهو شرط عندنا فاشبه الطهارة في جواز التقديم على الوقت ولان الاحرام تحريم اشياء وايجاب اشياء وذلك يصح في كل زمان فصار كالتقديم على المكان قال واذا قدم الكوفي بعمرة في اشهر الحج وفرغ منها وقصر ثم اتخذ مكة او البصرة دارا وحج من عامه ذلك فهو متمتع اما الاول فلانه ترفق بنسكين في سفر واحد في اشهر الحج واما الثاني فقيل هو بالاتفاق وقيل هو قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يكون متمتعا لان المتمتع من تكون عمرته وحجته ميقاتيتين وهذه نسكاه ميقاتيان وله ان السفرة الاولى قائمة ما لم يعد الى وطنه

وقد جمع

وقد اجتمع له نسكان فيه فوجب دم التمتع فان قدم بعمرة فافسدها وفرغ منها وقصر ثم اتخذ البصرة دارا [ثم اعتمر في اشهر الحج صح] وحج من عامه لم يكن متمتعا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو متمتع لانه انشاء سفر وقد ترفق فيه بنسكين وله انه باق على سفره ما لم يرجع الى وطنه فان كان رجع الى اهله ثم اعتمر في اشهر الحج وحج من عامه يكون متمتعا في قولهم جميعا لان هذا انشاء سفر لانتهاء السفر الاول وقد اجتمع له نسكان صحيحان فيه ولو بقي بمكة ولم يخرج الى البصرة حتى اعتمر في اشهر الحج وحج من عامه لا يكون متمتعا بالاتفاق لان عمرته مكية والسفر الاول انتهى بالعمرة الفاسدة ولا تمتع لاهل مكة ومن اعتمر في اشهر الحج وحج من عامه فايهما افسد مضى فيه لانه لا يمكنه الخروج عن عهدة الاحرام الا بالافعال ويسقط دم المتعة لانه لم يترفق باداء نسكين صحيحين في سفرة واحدة واذا تمتعت المرأة فضحت بشاة لم يجزها من المتعة لانها اتت بغير الواجب وكذا الجواب في الرجل واذا حاضت المرأة عند الوقوف اغتسلت واحرمت وصنعت ما يصنعه الحاج غير انها لا تطوف بالبيت حتى تطهر لحديث عائشة رضي الله عنها حين حاضت بسرف ولان الطواف في المسجد والوقوف في مفازة وهذا الاغتسال للاحرام لا للصلوة فيكون مفيدا فان حاضت بعد الوقوف وطواف الزيارة انصرفت من مكة ولا شيء عليها لطواف الصدر لانه عليه السلام رخص للنساء الحيض في ترك طواف الصدر ومن اتخذ مكة دارا فليس عليه طواف الصدر لانه على من يصدر الا اذا اتخذها دارا بعدما حل النفر الاول فيما يروى عن ابي حنيفة رحمه الله ويرويه البعض عن محمد رحمه الله لانه وجب عليه بدخول وقته فلا يسقط بنية الاقامة بعد ذلك والله اعلم

باب الجنايات

واذا تطيب المحرم فعليه الكفارة فان طيب عضوا كاملا فما زاد فعليه دم وذلك مثل الرأس والساق والفخذ وما اشبه ذلك لان الجناية تتكامل بتكامل الارتفاق وذلك في العضو الكامل فيترتب عليه كمال الموجب وان طيب اقل من عضو فعليه الصدقة لقصور الجناية وقال محمد رحمه الله يجب بقدره من الدم اعتبارا للجزء بالكل وفي المنتقى انه اذا طيب ربع العضو فعليه دم اعتبارا بالحلق ونحن نذكر الفرق بينهما من بعد ان شاء الله تعالى ثم واجب الدم يتأدى بالشاة في جميع المواضع الا في موضعين نذكرهما في باب الهدي ان شاء الله تعالى وكل صدقة في الاحرام غير مقدرة فهي نصف صاع من بر الا ما يجب بقتل القملة والجرادة هكذا روي عن ابي يوسف رحمه الله قال فان خضب رأسه بحناء فعليه دم لانه طيب قال عليه السلام الحناء طيب وان صار ملبدا فعليه دمان دم للتطيب ودم للتغطية ولو خضب رأسه بالوسمة لا شيء عليه لانها ليست بطيب وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا خضب رأسه بالوسمة لاجل المعالجة من الصداع فعليه الجزاء باعتبار انه يغلف رأسه وهذا صحيح ثم ذكر في الاصل رأسه ولحيته واقتصر على ذكر الرأس في الجامع الصغير دل على ان كل واحد منهما مضمون فان ادهن بزيت فعليه دم عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه الصدقة وقال الشافعي رحمه الله ان استعمله في الشعر فعليه دم لازالة الشعث وان استعمله في غيره فلا شيء عليه لانعدامه ولهما انه من الاطعمة الا ان فيه ارتفاقا

ويقتل الهوام وازالة الشعث فكانت جناية قاصرة ولابي حنيفة رح انه اصل الطيب ولا يخلو عن نوع طيب
ويقتل الهوام ويلين الشعر ويزيل التفث والشعث فيتكامل الجناية بهذه الجملة وكونه مطعوما لا ينافيه كالزعفران
وهذا الخلاف في الزيت البحت والحل البحت اما المطيب منه كالبنفسج والزنبق وما اشبههما يجب باستعماله
الدم بالاتفاق لانه طيب وهذا اذا استعمله على وجه التطيب ولو داوى به جرحه او شقوق رجليه فلا كفارة
لانه ليس بطيب في نفسه انما هو اصل الطيب او طيب من وجه فيشترط استعماله على وجه التطيب بخلاف ما اذا تداوى
بالمسك وما اشبهه وان لبس ثوبا مخيطا او غطى رأسه يوما كاملا فعليه دم وان كان اقل من ذلك
فعليه صدقة وعن ابي يوسف رح انه اذا لبس اكثر من نصف يوم فعليه دم وهو قول ابي حنيفة رح اولا وقال
الشافعي رح يجب الدم بنفس اللبس لان الارتفاق يتكامل بالاشتمال على بدنه ولنا ان معنى الترفق مقصود
من اللبس فلا بد من اعتبار المدة ليحصل على الكمال ويجب الدم فقدر باليوم لانه يلبس فيه ثم ينزع
عادة ويتقاصر دونه الجناية فيجب الصدقة غير ان ابا يوسف رح اقام الاكثر مقام الكل ولو ارتدى بالقميص
او اتشح به او اتزر بالسراويل فلا بأس لانه لم يلبسه لبس المخيط وكذا لو ادخل
منكبيه في القباء ولم يدخل يديه في الكمين خلافا لزفر رح لانه ما لبسه لبس القباء ولهذا يتكلف
في حفظه والتقدير في تغطية الراس من حيث الوقت ما بيناه ولا خلاف انه اذا غطى جميع رأسه
يوما كاملا يجب عليه الدم لانه ممنوع عنه ولو غطى بعض رأسه فالمروي عن ابي حنيفة رح انه
اعتبر الربع اعتبارا بالحلق والعورة وهذا لان ستر البعض استمتاع مقصود
يعتاده بعض الناس وعن ابي يوسف رح انه يعتبر اكثر الرأس اعتبارا للحقيقة
واذا حلق ربع رأسه او ربع لحيته فصاعدا فعليه الدم فان كان اقل من الربع فعليه صدقة
وقال مالك رح لا يجب الا بحلق الكل وقال الشافعي رح يجب بحلق القليل اعتبارا بنبات
الحرم ولنا ان حلق بعض الراس ارتفاق كامل لانه معتاد فيتكامل به الجناية ويتقاصر
فيما دونه بخلافه تطييب ربع العضو لانه غير مقصود وكذا حلق بعض اللحية معتاد بالعراق وارض العرب
وان حلق الرقبة كلها فعليه دم لانه عضو مقصود بالحلق وان حلق الابطين او احدهما
فعليه دم لان كل واحد منهما مقصود بالحلق لدفع الاذى ونيل الراحة فاشبه العانة ذكر
في الابطين الحلق ههنا وفي الاصل النتف وهو السنة وقال ابو يوسف رح ومحمد رح اذا حلق
عضوا فعليه الدم وان كان اقل فطعام اراد به الصدر والساق وما اشبه ذلك لانه مقصود
بطريق التنور فيتكامل بحلق كله ويتقاصر عند حلق بعضه وان اخذ من شاربه فعليه طعام

حكومة

حكومة عدل ومعناه انه ينظر ان هذا المأخوذ كم يكون من اللحية فيجب عليه الطعام بحسب ذلك حتى لو كان
مثلا مثل ربع الربع يلزمه قيمة ربع الشاة ولفظة الاخذ من الشارب يدل على انه هو السنة فيه دون الحلق
والسنة ان يقص حتى يوازي الاطار قال وان حلق موضع المحاجم فعليه دم عند ابي حنيفة رح وقالا
عليه صدقة لانه انما يحلق لاجل الحجامة وهي ليست من المحظورات فكذا ما يكون وسيلة اليها الا ان فيه ازالة
شيء من التفث فيجب الصدقة ولابي حنيفة ان حلقه مقصود لانه لا يتوسل الى المقصود الا به وقد وجد ازالة
التفث عن عضو كامل فيجب الدم وان حلق رأس محرم بامره او بغير امره فعلى الحالق الصدقة وعلى المحلوق الدم
وقال الشافعي رح لا يجب اذا كان بغير امره بان كان نائما لان من اصله ان الاكراه يخرج المكره من ان يكون
مؤاخذا بحكم الفعل والنوم ابلغ منه وعندنا بسبب النوم وعندنا بسبب النوم والاكراه ينتفي المأثم دون
الحكم وقد تقرر سببه وهو ما نال من الراحة والزينة فيلزمه الدم حتما بخلاف المضطر حيث يتخير لان الآفة
هناك سماوية وههنا من العباد ثم لا يرجع المحلوق رأسه على الحالق لان الدم انما لزمه بما نال من الراحة
فصار كالمغرور في حق العقر وكذا اذا كان الحالق حلالا لا يختلف الجواب في حق المحلوق رأسه واما
الحالق تلزمه الصدقة في مسئلتنا في الوجهين وقال الشافعي رح لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف اذا حلق
المحرم رأس حلال له ان معنى الارتفاق لا يتحقق بحلق شعر غيره وهو الموجب ولنا ان ازالة ما ينمو من بدن
الانسان من محظورات الاحرام لاستحقاقه الامان بمنزلة نبات الحرم فلا يفترق الحال بين شعره وشعر
غيره الا ان كمال الجناية في شعره فان اخذ من شارب حلال او قلم اظافيره اطعم ما شاء والوجه فيه ما بينا
ولا يعرى عن نوع ارتفاق لانه يتأذى بتفث غيره وان كان اقل من التأذي بتفث نفسه فيلزمه
الطعام وان قص اظافير يديه ورجليه فعليه دم لانه من المحظورات لما فيه من قضاء التفث وازالة
ما ينمو من البدن فاذا قلمها كلها فهو ارتفاق كامل فيلزمه الدم ولا يزاد على دم ان حصل في مجلس واحد
لان الجناية من نوع واحد وان كان في مجالس فكذلك عند محمد رح لان مبناها على التداخل فاشبه كفارة
الفطر الا اذا تخللت الكفارة لارتفاع الاولى بالتكفير وعلى قول ابي حنيفة رح وابي يوسف يجب اربعة
دماء ان قلم في كل مجلس يدا او رجلا لان الغالب فيه معنى العبادة فيتقيد التداخل باتحاد المجلس كما في
آي السجدة وان قص يدا او رجلا فعليه دم اقامة للربع مقام الكل وان قص اقل من خمسة اظافير
فعليه صدقة معناه يجب بكل ظفر صدقة وقال زفر رح يجب الدم بقص ثلاثة منها وهو قول ابي حنيفة رح
الاول لان في اظافير اليد الواحدة دما والثلاث اكثرها وجه المذكور في الكتاب ان اظافير
كف واحدة اقل ما يجب الدم بقلمها وقد اقمناها مقام الكل فلا يقام اكثرها مقام كلها لانه يؤدي

الى ما لا يتناهى وان قص خمسة اظافير متفرقة من يديه ورجليه فعليه صدقة عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد رح عليه دم اعتبارا بما لو قصها من كف واحدة وبما اذا حلق ربع الراس من مواضع متفرقة
ولهما ان كمال الجناية بنيل الراحة والزينة وبالقلم على هذا الوجه يتاذى ويشينه ذلك بخلاف الحلق
لانه معتاد على ما مر واذا تقاصرت الجناية تجب فيها الصدقة فيجب لكل ظفر طعام مسكين وكذلك
لو قلم اكثر من خمسة متفرقا الا ان يبلغ ذلك دما فحينئذ ينقص عنه ما شاء قال وان انكسر ظفر المحرم
فتعلق فاخذه فلا شيء عليه لانه لا ينمو بعد الانكسار فاشبه اليابس من شجر الحرم وان تطيب او حلق
او لبس من عذر فهو مخير ان شاء ذبح شاة وان شاء تصدق على ستة مساكين بثلاثة اصوع من الطعام
وان شاء صام ثلاثة ايام لقوله تعالى ففدية من صيام او صدقة او نسك وكلمة او للتخيير وقد فسرها رسول الله صلى الله
بما ذكرنا والاية نزلت في المعذور ثم الصوم يجزيه في اي موضع شاء لانه عبادة في كل مكان وكذا الصدقة
عندنا لما بينا واما النسك يختص بالحرم بالاتفاق لان الاراقة لم تعرف قربة الا في زمان او مكان
مخصوص وهذا الدم لا يختص بزمان فتعين اختصاصه بالمكان ولو اختار الطعام اجزاه فيه التغدية
والتعشية عند ابي يوسف رح اعتبارا بكفارة اليمين وعند محمد رح لا يجزيه لان الصدقة تنبئ عن التمليك
وهو المذكور فصل فان نظر الى فرج امراته بشهوة فامنى فلا شيء عليه لان المحرم هو الجماع ولم يوجد فصار
كما لو تفكر فامنى فان قبل او لمس بشهوة فعليه دم وفي الجامع الصغير يقول اذا مس بشهوة فامنى ولا فرق
بينهما اذا انزل او لم ينزل ذكره محمد في الاصل وكذا الجواب في الجماع فيما دون الفرج وعن الشافعي رح انه انما
تفسد احرامه في جميع ذلك اذا انزل اعتبارا بالصوم ولنا ان فساد الحج يتعلق بالجماع ولهذا لا يفسد ب
سائر المحظورات وهذا ليس بجماع مقصود فلا يتعلق به ما يتعلق بالجماع الا ان فيه معنى الاستمتاع والارتفاق
بالمراة وذلك محظور الاحرام فيلزمه الدم بخلاف الصوم لان المحرم فيه قضاء الشهوة ولا يحصل بدونه
بدون الانزال فيما دون الفرج وان جامع في احد السبيلين قبل الوقوف بعرفة فسد حجه وعليه شاة
ويمضي في الحج كما يمضي من لم يفسده والاصل فيه ما روي ان رسول الله عم سئل عمن واقع امراته وهما
محرمان بالحج قال يريقان دما ويمضيان في حجتهما وعليهما الحج من قابل وهكذا النقل عن جماعة من الصحابة
رض وقال الشافعي رح يجب بدنة اعتبارا بما لو جامع بعد الوقوف والحجة عليه اطلاق ما روينا ولان القضاء
لما وجب ولا يجب الا لاستدراك المصلحة خف معنى الجناية فيكتفى بالشاة بخلاف ما بعد الوقوف
لانه لا قضاء ثم سوى بين السبيلين وعن ابي حنيفة رح ان في غير القبل منهما لا يفسده لتقاصر معنى
الوطء فكان عنه روايتان وليس عليه ان يفارق امراته في قضاء ما افسده عندنا خلافا

لمالك رح

لمالك رح اذا خرجا من بيتهما ولزفر رح اذا احرما وللشافعي رح اذا انتهيا الى المكان الذي جامعها فيه
انهما يتذكران ذلك فيقعان في المواقعة فيفترقان ولنا ان الجامع بينهما وهو النكاح قائم فلا معنى
للافتراق قبل الاحرام لاباحة الوقاع ولا بعده لانهما يتذكران ما لحقهما من المشقة الشديدة بسبب لذة
يسيرة فيزدادان ندما وتحرزا فلا معنى للافتراق ومن جامع بعد الوقوف بعرفة لم تفسد حجته وعليه بدنة
خلافا للشافعي رح فيما اذا جامع قبل الرمي لقوله عم من وقف بعرفة فقد تم حجه وانما تجب البدنة لقول ابن
عباس رضي الله عنهما او لانه اعلى انواع الارتفاقات فيتغلظ موجبه وان جامع بعد الحلق فعليه
شاة لبقاء احرامه في حق النساء دون لبس المخيط وما اشبهه فخفت الجناية فاكتفي بالشاة
ومن جامع في العمرة قبل ان يطوف اربعة اشواط فسدت عمرته فيمضي فيها ويقضيها وعليه شاة
واذا جامع بعد ما طاف لها اربعة اشواط او اكثر فعليه شاة ولا تفسد عمرته وقال الشافعي رح
تفسد في الوجهين وعليه بدنة اعتبارا بالحج اذ هي فرض عنده كالحج ولنا انها سنة فكانت
احط رتبة منه فيجب الشاة فيها والبدنة في الحج اظهارا للتفاوت ومن جامع ناسيا كان كمن
جامع متعمدا وقال الشافعي رح جماع الناسي غير مفسد للحج وكذا الخلاف في جماع النائمة والمكرهة
هو يقول الحظر ينعدم بهذه العوارض فلم يقع الفعل جناية ولنا ان الفساد باعتبار معنى الارتفاق
في الاحرام ارتفاقا مخصوصا وهذا لا ينعدم بهذه العوارض والحج ليس في معنى الصوم لان حالات
الاحرام مذكرة بمنزلة حالات الصلوة بخلاف الصوم فصل ومن طاف طواف القدوم محدثا فعليه صدقة
وقال الشافعي رح لا يعتد به لقوله عم الطواف بالبيت صلوة الا ان الله اباح فيه المنطق فتكون الطهارة
من شرطه ولنا قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق من غير قيد الطهارة فلم تكن فرضا ثم قيل هي سنة
والاصح انها واجبة لانه يجب بتركها الجابر ولان الخبر يوجب العمل فيثبت به الوجوب فاذا شرع في هذا
الطواف وهو سنة يصير واجبا بالشروع ويدخله نقص بترك الطهارة فيجبر بالصدقة اظهارا لدنو رتبته
عن الواجب بايجاب الله تعالى وهو طواف الزيارة وكذا الحكم في كل طواف هو تطوع ولو طاف طواف
الزيارة محدثا فعليه شاة لانه ادخل النقص في الركن فكان افحش من الاول فيجبر بالدم
وان كان جنبا فعليه بدنة كذا روي عن ابن عباس رضي الله عنهما ولان الجنابة اغلظ من الحدث فيجب
جبر نقصانها بالبدنة اظهارا للتفاوت وكذا اذا طاف اكثره جنبا او محدثا لان اكثر الشيء له حكم الكل
والافضل ان يعيد الطواف ما دام بمكة ولا ذبح عليه وفي بعض النسخ وعليه ان يعيد والاصح انه
يؤمر بالاعادة في الحدث استحبابا وفي الجنابة ايجابا لفحش النقصان بسبب الجنابة وقصوره بسبب الحدث ثم اذا اعاد

وقد طاف محدثا لا ذبح عليه وان كان اعاده بعد ايام النحر لان بعد الاعادة لا يبقى الا شبهة النقصان
وان اعاده وقد طافه جنبا في ايام النحر فلا شيء عليه لانه اعاده في وقته وان اعاده بعد ايام النحر
لزمه الدم عند ابي حنيفة رحمه الله بالتاخير على ما عرف من مذهبه ولو رجع الى اهله وقد طافه جنبا عليه ان يعود
لان النقص كثير فيؤمر بالعود استدراكا له لما فاته من المصلحة ويعود باحرام جديد وان لم يعد وبعث
بدنة اجزاه لما بينا انه جابر له الا ان الافضل هو العود ولو رجع الى اهله وقد طافه محدثا ان عاد وطاف
جاز وان بعث بالشاة فهو افضل لانه خف معنى النقصان وفيه نفع الفقراء ولو لم يطف طواف الزيارة اصلا
حتى رجع الى اهله فعليه ان يعود بذلك الاحرام لانعدام التحلل منه وهو محرم عن النساء ابدا حتى يطوفه ومن طاف
طواف الصدر محدثا فعليه صدقة لانه دون طواف الزيارة وان كان واجبا فلا بد من اظهار التفاوت
وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يجب شاة الا ان الاول اصح ولو طاف جنبا فعليه شاة لانه نقص كثير ثم هو دون
طواف الزيارة فيكتفى بالشاة ومن ترك من طواف الزيارة ثلاثة اشواط فما دونها فعليه شاة لان
النقصان بترك الاقل يسير فاشبه النقصان بسبب الحدث فيلزمه شاة فلو رجع الى اهله اجزاه ان لا يعود
ويبعث بشاة لما بينا ومن ترك اربعة اشواط بقي محرما ابدا حتى يطوفها لان المتروك اكثر فصار كانه
لم يطف ومن ترك طواف الصدر او اربعة اشواط منه فعليه شاة لانه ترك الواجب او الاكثر منه
وما دام بمكة يؤمر بالاعادة اقامة للواجب في وقته ومن ترك ثلاثة اشواط من طواف الصدر
فعليه الصدقة ومن طاف طواف الواجب في جوف الحجر فان كان بمكة اعاده لان الطواف وراء
الحطيم واجب على ما قدمناه والطواف في جوف الحجر ان يدور حول الكعبة ويدخل الفرجتين اللتين بينها
وبين الحطيم فاذا فعل ذلك فقد ادخل نقصا في طوافه فما دام بمكة اعاده كله ليكون مؤديا للطواف
على وجه المشروع وان اعاده على الحجر خاصة اجزاه لانه تلافى ما هو المتروك وهو ان ياخذ عن يمينه
خارج الحجر حتى ينتهي الى اخره ثم يدخل الحجر في الفرجة ويخرج من الجانب الاخر هكذا يفعله سبع مرات فان
رجع الى اهله ولم يعده فعليه دم لانه تمكن نقصان في طوافه بترك ما هو قريب من الربع
ولا تجزيه الصدقة ومن طاف طواف الزيارة على غير وضوء وطواف الصدر في اخر ايام التشريق
طاهرا فعليه دم فان كان طاف طواف الزيارة جنبا فعليه دمان عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه دم
واحد لان في الوجه الاول لم ينقل طواف الصدر الى طواف الزيارة لانه واجب واعادة طواف
الزيارة بسبب الحدث غير واجبة وانما هو مستحب فلا ينقل اليه وفي الوجه الثاني ينقل
طواف الصدر الى طواف الزيارة لانه مستحق الاعادة فيصير تاركا لطواف الصدر مؤخرا للطواف

الزيارة

الزيارة عن ايام النحر فيجب الدم بترك الصدر بالاتفاق وبتاخير الاخر على الخلاف الا انه يؤمر باعادة
طواف الصدر ما دام بمكة ولا يؤمر بعد الرجوع على ما بينا ومن طاف لعمرته وسعى على غير وضوء وحل
فما دام بمكة يعيدهما ولا شيء عليه اما اعادة الطواف فلتمكن النقص فيه بسبب الحدث واما السعي
فلانه تبع للطواف واذا اعادهما لا شيء عليه لارتفاع النقصان وان رجع الى اهله قبل ان يعيد فعليه دم
لترك الطهارة فيه ولا يؤمر بالعود لوقوع التحلل باداء الركن اذ النقصان يسير وليس عليه في السعي
شيء لانه اتى به على اثر طواف معتد به وكذا اذا اعاد الطواف ولم يعد السعي في الصحيح ومن ترك
السعي بين الصفا والمروة فعليه دم وحجه تام لان السعي من الواجبات عندنا فيلزم بتركه الدم
دون الفساد ومن افاض قبل الامام من عرفات فعليه دم وقال الشافعي رحمه الله لا شيء عليه لان الركن
اصل الوقوف فلا يلزمه بترك الاطالة شيء ولنا ان الاستدامة الى غروب الشمس واجب لقوله عليه السلام
فادفعوا بعد غروب الشمس فيجب بتركه الدم بخلاف ما اذا وقف ليلا لان استدامة الوقوف على من
وقف نهارا لا ليلا فان عاد الى عرفة بعد غروب الشمس لا يسقط عنه الدم في ظاهر الرواية لان المتروك
لا يكون مستدركا واختلفوا فيما اذا عاد قبل الغروب ومن ترك الوقوف بالمزدلفة فعليه دم لانه من
الواجبات ومن ترك رمي الجمار في الايام كلها فعليه دم لتحقق ترك الواجب ويكفيه دم واحد لان الجنس
متحد كما في الحلق والترك انما يتحقق بغروب الشمس من اخر ايام الرمي لانه لم يعرف قربة الا فيها
وما دامت الايام باقية فالاعادة ممكنة فيرميها على التاليف ثم بتاخيرها يجب الدم عند ابي حنيفة
رحمه الله خلافا لهما وان ترك رمي يوم فعليه دم لانه نسك تام ومن ترك رمي احدى الجمار الثلث
فعليه الصدقة لان الكل في هذا اليوم نسك واحد فكان المتروك اقل الا ان يكون المتروك اكثر
من النصف فحينئذ يلزمه الدم لوجود ترك الاكثر وان ترك رمي جمرة العقبة في يوم النحر فعليه دم لانه
كل وظيفة هذا اليوم رميا وكذا اذا ترك الاكثر منها وان ترك منها حصاة او حصاتين او ثلاثا تصدق
لكل حصاة نصف صاع الا ان يبلغ دما فينقص ما شاء لان المتروك هو الاقل فتكفيه الصدقة ومن اخر
الحلق حتى مضت ايام النحر فعليه دم عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا اذا اخر وقالا لا شيء عليه في الوجهين وكذا
الخلاف في تاخير الرمي وفي تقديم نسك على نسك كالحلق قبل الرمي ونحر القارن قبل الرمي والحلق قبل الذبح
لهما ان ما فات مستدرك بالقضاء ولا يجب مع القضاء شيء اخر وله حديث ابن مسعود رضي الله عنه انه قال من
قدم نسكا على نسك فعليه دم ولان التاخير عن المكان يوجب الدم فيما هو موقت بالمكان كالاحرام
فكذا التاخير عن الزمان فيما هو موقت وان حلق في ايام النحر في غير الحرم فعليه دم ومن اعتمر فخرج
من الحرم وقصر فعليه دم ولان التاخير عن المكان يوجب الدم فيما هو موقت بالمكان كالاحرام فكذا التاخير

من الزمان فيما هو موقت بالزمان وان حلق في ايام النحر في غير الحرم فعليه دم ومن اعتمر فخرج من الحرم
وقصر فعليه دم عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال ابو يوسف رح لا شيء عليه قال رضي الله عنه ذكر في الجامع الصغير قول
ابي يوسف رح في المعتمر ولم يذكره في الحاج وقيل هو بالاتفاق لان السنة جرت في الحج بالحلق بمنى وهو
من الحرم والاصح انه على الخلاف هو يقول الحلق غير مختص بالحرم لان النبي عم واصحابه رضي الله عنهم
احصروا بالحديبية وحلقوا في غير الحرم ولهما ان الحلق لما جعل محللا صار كالسلام في آخر الصلوة فانه من
واجباتها وان كان محللا واذا صار نسكا اختص بالحرم كالذبح وبعض الحديبية من الحرم فلعلهم حلقوا فيه
فالحاصل ان الحلق يتوقت بالزمان والمكان عند ابي حنيفة رح وعند ابي يوسف رح لا يتوقت بهما وعند محمد
يتوقت بالمكان لا بالزمان وعند زفر رح بالزمان دون المكان وهذا الخلاف في التوقيت في حق
التضمين بالدم اما لا يتوقت في حق التحلل بالاتفاق والتقصير والحلق في العمرة غير موقت بالزمان
بالاجماع لان اصل العمرة لا يتوقت به بخلاف المكان لانه موقت به قال فان لم يقصر حتى
رجع وقصر فلا شيء عليه في قولهم جميعا معناه اذا خرج المعتمر ثم عاد لانه اتى به في مكانه فلا يلزمه
ضمانه فان حلق القارن قبل ان يذبح فعليه دمان عند ابي حنيفة رح دم بالحلق في غير اوانه لان
اوانه بعد الذبح ودم بتاخير الذبح عن الحلق وعندهما يجب عليه دم واحد وهو الاول ولا يجب
بسبب التاخير شيء على ما قلنا فصل اعلم ان صيد البر محرم على المحرم قال الله تعالى وحرم عليكم صيد البر
ما دمتم حرما وصيد البحر حلال لقوله تعالى احل لكم صيد البحر الى آخر الآية وصيد البر ما يكون توالده
ومثواه في البر وصيد البحر ما يكون توالده ومثواه في الماء والصيد هو الممتنع المتوحش في اصل
الخلقة واستثنى رسول الله عم الخمس الفواسق وهي الكلب العقور والذئب والحداة والغراب
والحية والعقرب فانها مبتدئات بالاذى والمراد به الغراب الذي ياكل الجيف هو المروي
عن ابي يوسف رح قال واذا قتل المحرم صيدا او دل عليه من قتله فعليه الجزاء اما القتل فلقوله
تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء الآية نص على ايجاب الجزاء واما
الدلالة ففيها خلاف الشافعي رح هو يقول الجزاء تعلق بالقتل والدلالة ليست بقتل فاشبه دلالة
الحلال حلالا ولنا ما روينا من حديث ابي قتادة رض وقال عطاء اجمع الناس على ان على
الدال الجزاء ولان الدلالة من محظورات الاحرام ولانه تفويت الامن على الصيد اذ هو آمن بتوحشه
وتواريه فصار كالاتلاف ولان المحرم باحرامه التزم الامتناع عن التعرض فيضمن بترك
ما التزمه كالمودع بخلاف الحلال لانه لا التزام من جهته على ان فيه الجزاء على ما روي عن ابي يوسف
وزفر رح والدلالة الموجبة للجزاء ان لا يكون المدلول عالما بمكان الصيد وان يصدقه في الدلالة

حتى لو كذبه وصدق غيره لا ضمان على المكذب ولو كان الدال حلالا في الحرم لم يكن عليه شيء لما
وسواء في ذلك العامد والناسي لانه ضمان يعتمد وجوبه الاتلاف فاشبه غرامات الاموال
والمبتدئ والعائد سواء لان الموجب لا يختلف والجزاء عند ابي حنيفة وابي يوسف رح ان يقوم الصيد في
المكان الذي قتل فيه او في اقرب المواضع منه اذا كان في برية فيقومه ذوا عدل ثم هو مخير في الفداء
ان شاء ابتاع بها هديا وذبحه ان بلغت هديا وان شاء اشترى بها طعاما وتصدق على كل مسكين
نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير وان شاء صام على ما نذكر وقال محمد والشافعي رحمهما الله
يجب في الصيد النظير فيما له نظير ففي الظبي شاة وفي الضبع شاة وفي الارنب عناق وفي اليربوع
جفرة وفي النعامة بدنة وفي حمار الوحش بقرة لقوله تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم ومثله من النعم ما يشبه
المقتول صورة لان القيمة لا تكون نعما والصحابة رضي الله عنهم اوجبوا النظير من حيث الخلقة والمنظر
في النعامة والظبي وحمار الوحش والارنب على ما بينا وقال عليه السلام الضبع صيد وفيه الشاة وما
ليس له نظير عند محمد تجب القيمة مثل العصفور والحمام واشباههما واذا وجبت القيمة كان قوله كقولهما
والشافعي رح يوجب في الحمامة شاة ويثبت المشابهة بينهما من حيث ان كل واحد منهما يعب ويهدر
ولابي حنيفة وابي يوسف رح ان المثل المطلق هو المثل صورة ومعنى ولا يمكن الحمل عليه فيحمل على المثل
معنى لكونه معهودا في الشرع كما في حقوق العباد او لكونه مرادا بالاجماع او لما فيه من التعميم وفي ضده التخصيص والمراد
بالنص والله اعلم فجزاء قيمة ما قتل من النعم الوحشي واسم النعم يطلق على الوحشي والاهلي كذا قاله ابو عبيدة و
الاصمعي والمراد بما روي التقدير به دون ايجاب المعين ثم الخيار الى القاتل في ان يجعله هديا او طعاما او صوما عند
ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد والشافعي رح الخيار الى الحكمين في ذلك فان حكما بالهدي يجب النظير
على ما ذكرنا وان حكما بالطعام او بالصيام فعلى ما قال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله لهما ان التخيير شرع رفقا
بمن عليه فيكون الخيار اليه كما في كفارة اليمين ولمحمد والشافعي رح قوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم هديا
الآية ذكر الهدي منصوبا لانه تفسير لقوله يحكم او مفعول لحكم الحكم ثم ذكر الطعام والصيام بكلمة او فيكون الخيار اليهما
قلنا الكفارة عطفت على الجزاء لا على الهدي بدليل انه مرفوع وكذا قوله او عدل ذلك صياما مرفوع فلم يكن
فيها دلالة اختيار الحكمين واليهما في تقويم المتلف ثم الاختيار بعد ذلك الى من عليه ويقومان في المكان الذي
اصابه لاختلاف القيم في المكان باختلاف الاماكن وان كان الموضع برا لا يباع فيه الصيد يعتبر اقرب
المواضع اليه مما يباع فيه ويشترى قالوا والواحد يكفي والمثنى اولى لانه احوط وابعد من الغلط كما في حقوق
العباد وقيل يعتبر هنا المثنى بالنص والهدي لا يذبح الا بمكة لقوله تعالى هديا بالغ الكعبة ويجوز الاطعام

انما يرجع

في غيرها خلافاً للشافعي رحمه الله هو يعتبره بالهدي والجامع التوسعة على سكان الحرم ونحن نقول الهدي
قربة غير معقولة فيختص بمكان او زمان اما الصدقة قربة معقولة في كل زمان ومكان و
الصوم يجوز في غير مكة لانه قربة في كل مكان فان ذبح بالكوفة اجزاه عن الطعام معناه
اذا تصدق باللحم وفيه وفاء بقيمة الطعام لان الاراقة لا تنوب عنه واذا وقع الاختيار
على الهدي يهدي ما يجزيه في الاضحية لان مطلق اسم الهدي ينصرف اليه وقال محمد والشافعي رحمهما الله
يجزي صغار النعم فيها لان الصحابة رضي الله عنهم اوجبوا عناقاً او جفرة وعند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
يجوز الصغار على وجه الاطعام يعني اذا تصدق واذا وقع الاختيار على الطعام يقوم المتلف بالطعام
بالطعام عندنا لانه هو المضمون فيعتبر قيمته واذا اشترى بالقيمة طعاما تصدق على كل مسكين نصف صاع
من بر او صاعا من تمر او شعير ولا يجوز ان يطعم المسكين اقل من نصف صاع لان الطعام المذكور ينصرف
الى ما هو المعهود في الشرع واذا اختار الصيام يقوم المقتول طعاما ثم يصوم عن كل نصف صاع من بر
او صاع من شعير يوما لان تقدير الصيام بالمقتول غير ممكن اذ لا قيمة للصيام فقدرناه بالطعام والتقدير
معهود في الشرع كما في باب الفدية فان فضل من الطعام اقل من نصف صاع فهو مخير ان شاء تصدق بها وان
وان شاء صام عنه يوما كاملا لان الصوم اقل من يوم غير مشروع وكذلك ان كان الواجب
دون طعام مسكين يطعم قدر الواجب او يصوم يوما كاملا لما قلنا ولو جرح صيدا او نتف شعره
او قطع عضوا منه ضمن ما نقصه اعتبارا للبعض بالكل كما في حقوق العباد ولو نتف ريش طائر او قطع
قوائم صيد فخرج من حيز الامتناع فعليه قيمته كاملة لانه فوت عليه الامن بتفويت آلة الامتناع فيغرم جزاءه
ومن كسر بيض نعامة فعليه قيمته وهذا مروي عن علي وابن عباس رضي الله عنهم ولانه اصل الصيد وله
عرضية ان يصير صيدا فنزل منزلة الصيد احتياطا ما لم يفسد فان خرج من البيض فرخ ميت فعليه قيمته
وهذا استحسان والقياس ان لا يغرم سوى البيضة لان حياة الفرخ غير معلومة وجه الاستحسان
ان البيض معد ليخرج منه الفرخ الحي والكسر قبل اوانه سبب لموته فيحال به عليه احتياطا وعلى
هذا اذا ضرب بطن ظبية فالقت جنينا ميتا وماتت فعليه قيمتهما وليس في قتل الغراب والحدأة
والذئب والحية والعقرب والفارة والكلب العقور جزاء وقد ذكر الذئب في بعض الروايات وقيل
المراد بالكلب العقور الذئب او يقال ان الذئب في معناه والمراد بالغراب الذي يأكل الجيف ويخلط
لانه يبتدئ بالاذى اما العقعق فغير مستثنى لانه لا يسمى غرابا ولا يبتدئ بالاذى وعن ابي حنيفة
ان الكلب العقور وغير العقور والمستأنس والمتوحش منهما سواء لان المعتبر في ذلك الجنس وكذا الفأرة

وعند محمد وان شاء تقوم النظير صح

لورود حسم من الفواسق تقتلن في الحل والحرم الحداة والحية والعقرب والفارة والكلب العقور وقال عليه السلام لتقتل المحرم الفارة والغراب والحداة والعقرب والحية والكلب العقور صح

الاهلية

الاهلية والوحشية سواء والضب واليربوع ليسا من الخمس المستثناة لانهما لا يبتديان بالاذى
وليس في قتل البعوض والنمل والبراغيث والقراد شيء لانها ليست بصيود وليست بمتولدة
من البدن ثم هي مؤذية بطباعها والمراد النمل السوداء او الصفراء الذي يؤذي وما لا يؤذي
لا يحل قتلها ولكن لا يجب الجزاء للعلة الاولى ومن قتل قملة تصدق بما شاء مثل كف من طعام لانها
متولدة من التفث الذي على البدن وفي الجامع الصغير اطعم شيئا وهذا يدل على انه يجزيه ان يطعم
شيئا يسيرا على طريق الاباحة وان لم يكن مشبعا ومن قتل جرادة تصدق بما شاء لان الجراد
من صيد البر فان الصيد ما لا يمكن اخذه الا بحيلة ويقصده الآخذ وتمرة خير من جرادة لقول عمر رضي الله عنه
تمرة خير من جرادة ولا شيء عليه في ذبح السلحفاة لانه من الهوام والحشرات فاشبه الخنافس والوزغات
ويمكن اخذه من غير حيلة وكذا العقرب فلم يكن صيدا ومن حلب صيد الحرم فعليه قيمته لان اللبن من اجزاء الصيد فاشبه
كله ومن قتل ما لا يؤكل لحمه من الصيد كالسباع ونحوها فعليه الجزاء الا ما استثناه الشرع وهو ما عدد
وقال الشافعي رحمه الله لا يجب الجزاء لانها جبلت على الايذاء فدخلت في الفواسق المستثناة وكذا اسم
الكلب يتناول السباع باسرها لغة ولنا ان السبع صيد لتوحشه وكونه مقصودا بالاخذ اما
لجلده او ليصطاد به او لدفع اذاه والقياس على الفواسق ممتنع لما فيه من ابطال العدد واسم الكلب لا يقع
على السبع عرفا والعرف املك ولا يجاوز بقيمته شاة وقال زفر رحمه الله يجب بالغة ما بلغت اعتبارا
بماكول اللحم ولنا قوله عليه السلام الضبع صيد وفيه الشاة ولان اعتبار قيمته لمكان الانتفاع بجلده
لا لانه محارب مؤذ ومن هذا الوجه لا يزداد على قيمة الشاة ظاهرا واذا صال السبع على المحرم فقتله
لا شيء عليه وقال زفر رحمه الله يجب اعتبارا بالجمل الصائل ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه انه قتل سبعا واهدى كبشا
انا ابتداناه ولان المحرم ممنوع عن التعرض لا عن دفع الاذى ولهذا كان مأذونا في دفع المتوهم
كما في الفواسق فلان يكون مأذونا في دفع المتحقق اولى ومع وجود الاذن من الشارع لا يجب الجزاء
حقا له بخلاف الجمل الصائل لانه لا اذن من صاحب الحق وهو العبد وان اضطر المحرم الى قتل صيد فقتله
فعليه الجزاء لان الاذن مقيد بالكفارة بالنص على ما تلوناه من قبل ولا بأس للمحرم ان يذبح الشاة
والبقرة والبعير والدجاجة والبط الاهلي لان هذه الاشياء ليست بصيود لعدم التوحش
والمراد بالبط الذي يكون في المساكن والحياض لانه الوف باصل الخلقة ولو ذبح حماما مسرولا فعليه الجزاء
خلافا لمالك رحمه الله انه الوف مستأنس ولا يمتنع بجناحه لبطوء نهوضه ونحن نقول الحمام متوحش
باصل الخلقة ممتنع بطيرانه وان كان بطيء النهوض والاستيناس عارض فلم يعتبر وكذا اذا قتل

وقال

ظبياً مستانساً لانه صيد في الاصل فلا يبطله الاستيناس كالبعير اذا ند لا ياخذ حكم الصيد في الحرم
على المحرم واذا ذبح المحرم صيداً فذبيحته ميتة لا يحل اكلها وقال الشافعي رحمه الله يحل ما ذبحه المحرم لغيره لانه عامل
له فانتقل فعله اليه ولنا ان الذكوة فعل مشروع وهذا فعل حرام فلا يكون ذكوة كذبيحة المجوسي وهذا
لان المشروع هو الذي قام مقام الميز بين الدم واللحم تيسيراً فينعدم بانعدامه فان اكل المحرم الذابح
من ذلك شيئاً فعليه قيمة ما اكل عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ليس عليه جزاء ما اكل وان اكل منه محرم آخر فلا شيء عليه
في قولهم جميعاً لهما انه ميتة فلا يلزمه باكلها الا الاستغفار وصار كما اذا اكله محرم غيره ولابي حنيفة
ان حرمته باعتبار كونه ميتة كما ذكرنا وباعتبار كونه محظور احرامه لان احرامه هو الذي اخرج الصيد
عن المحلية والذابح عن الاهلية في حق الذكاة فصارت حرمة التناول بهذه الوسائط مضافاً الى احرامه بخلاف
محرم آخر لان تناوله ليس من محظورات احرامه ولا بأس بان ياكل المحرم لحم صيد اصطاده حلال وذبحه
اذا لم يدل المحرم عليه ولا امره بصيده خلافاً لمالك رحمه الله فيما اذا اصطاده لاجل المحرم له قوله عليه السلام لا بأس
باكل المحرم لحم صيد ما لم يصده او يصد له ولنا ما روي ان الصحابة رضي الله عنهم تذاكروا لحم الصيد
في حق المحرم فقال عليه السلام لا بأس به واللام فيما روي لام تمليك فيحمل على ان يهدى اليه الصيد دون اللحم
او معناه ان يصاد بامره ثم شرط عدم الدلالة وهذا تنصيص على ان الدلالة محرمة قالوا فيه
روايتان ووجه الحرمة حديث ابي قتادة رضي الله عنه وقد ذكرناه وفي صيد الحرم اذا ذبحه الحلال
عليه قيمته يتصدق بها على الفقراء لان الصيد استحق دم واحد بناء على انه محرم باحرام واحد عنده
وعندنا باحرامين وقد مر من قبل قال الا ان يتجاوز الميقات غير محرم بالعمرة والحج فيلزمه دم
واحد خلافاً لزفر رحمه الله لان المستحق عليه عند الميقات احرام واحد وبتاخير واجب واحد لا يجب الا جزاء
واحد واذا اشترك محرمان في قتل صيد فعلى كل واحد منهما جزاء كامل لان كل واحد منهما يصير
جانياً جناية تفوق الدلالة فيتعدد الجزاء بتعدد الجناية واذا اشترك حلالان في قتل صيد الحرم
فعليهما جزاء واحد لان الضمان بدل عن المحل لا جزاء على الجناية فيتحد باتحاد المحل كرجلين قتلا رجلا
خطأ يجب عليهما دية واحدة وعلى كل واحد منهما كفارة واذا باع المحرم الصيد او ابتاعه فالبيع
باطل لان بيعه حياً تعرض للصيد الآمن وبيعه بعد ما قتله بيع ميتة ومن اخرج ظبية من الحرم فولدت
اولاداً فماتت هي واولادها فعليه جزاؤهن لان الصيد بعد الاخراج من الحرم بقي مستحقاً للامن شرعاً
ولهذا يجب رده الى مأمنه وهذه صفة شرعية فتسري الى الولد فان ادى جزاءها ثم ولدت ليس عليه
جزاء الولد لان بعد اداء الجزاء لم تبق آمنة لان وصول الخلف كوصول الاصل باب

باب مجاوزة الوقت بغير احرام

واذا اتى الكوفي بستان بني عامر فاحرم بعمرة فان رجع الى ذات
عرق ولبى بطل عنه دم الوقت وان رجع اليه ولم يلب حتى دخل مكة وطاف لعمرته فعليه دم وهذا عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان رجع اليه محرماً فليس عليه شيء لبى او لم يلب وقال زفر رحمه الله لا يسقط لبى او لم
يلب لان جنايته لم ترتفع بالعود وصار كما اذا افاض من عرفات ثم عاد اليه بعد الغروب ولنا
انه تدارك المتروك في اوانه وذلك قبل الشروع في الافعال فيسقط الدم بخلاف الافاضة لانه لم يتدارك
المتروك على ما مر غير ان التدارك عندهما بعوده محرماً لانه اظهر حق الميقات كما اذا مر به محرماً ساكتاً
وعنده رحمه الله بعوده محرماً ملبياً لان العزيمة في الاحرام من دويرة اهله فاذا ترخص بالتاخير الى الميقات
وجب عليه قضاء حقه بانشاء التلبية فكان التلافي في عوده محرماً ملبياً وعلى هذا الخلاف اذا احرم
بحجة بعد المجاوزة مكان العمرة في جميع ما ذكرنا ولو عاد بعد ما ابتدأ الطواف واستلم الحجر لا يسقط عنه
الدم بالاتفاق ولو عاد اليه قبل الاحرام يسقط بالاتفاق وهذا الذي ذكرنا اذا كان يريد الحج او العمرة
فان دخل البستان لحاجة فله ان يدخل مكة بغير الاحرام ووقته البستان وهو وصاحب المنزل سواء
لان البستان غير واجب التعظيم فلا يلزمه الاحرام بقصده واذا دخله التحق باهله وللبستاني ان
يدخل مكة بغير احرام فكذلك له والمراد بقوله ووقته البستان جميع الحل الذي بينه وبين الحرم وقد مر
من قبل فكذا وقت الداخل الملحق به فان احرما من الحل ووقفا بعرفة لم يكن عليهما شيء يريد به البستاني
والداخل فيه لانهما احرما من ميقاتهما ومن دخل مكة بغير احرام ثم خرج من عامه ذلك الى الوقت
فاحرم بحجة عليه اجزاه ذلك من دخول مكة بغير احرام وقال زفر رحمه الله لا يجزيه وهو القياس اعتباراً بما لزمه
بسبب النذر وصار كما اذا تحولت السنة ولنا انه تلافى المتروك في وقته لان الواجب عليه تعظيم
هذه البقعة بالاحرام كما اذا اتاه محرماً بحجة الاسلام في الابتداء بخلاف ما اذا تحولت السنة لانه
صار ديناً في ذمته فلا يتادى الا باحرام مقصود كما في الاعتكاف المنذور فانه يتادى بصوم رمضان
من هذه السنة دون العام الثاني ومن جاوز الوقت فاحرم بعمرة فافسدها مضى فيها وقضاها
لان الاحرام يقع لازماً فصار كما اذا افسد الحج وليس عليه دم لترك الوقت وعلى قياس قول زفر
لا يسقط عنه وهو نظير الاختلاف في فائت الحج اذا جاوز الوقت بغير احرام وفيمن جاوز الوقت
بغير احرام فاحرم بالحج ثم افسد حجته هو يعتبر المجاوزة هذه بغيرها من المحظورات ولنا انه يصير قاضياً
حق الميقات بالاحرام منه في القضاء وهو يحكي الفائت ولا ينعدم به غيره من المحظورات وفي فتح
الفرق واذا خرج المكي يريد الحج ولم يعد ووقف بعرفة فعليه شاة لان وقته الحرم وقد جاوزه

بغير احرام فان عاد الى الحرم ولبى او لم يلب فهو على الاختلاف الذي ذكرناه في الآفاقي ومن
اذا فرغ من عمرته ثم خرج من الحرم فاحرم ووقف بعرفة فعليه دم لانه لما دخل مكة واتى بافعال
العمرة صار بمنزلة المكي واحرام المكي من الحرم لما ذكرنا فيلزمه الدم بتاخيره عنه فان رجع الى
الحرم فاهل فيه قبل ان يقف بعرفة فلا شيء عليه وهو على الخلاف الذي تقدم في الآفاقي

باب اضافة الاحرام الى الاحرام قال ابو حنيفة رح اذا احرم المكي بعمرة وطاف لها شوطا
ثم احرم بالحج فانه يرفض الحج وعليه لرفضه دم وعليه حجة وعمرة وقال ابو يوسف ومحمد رح رفض العمرة
احب الينا وقضاؤها وعليه دم لانه لا بد من رفض احدهما لان الجمع بينهما في حق المكي غير مشروع والعمرة
اولى بالرفض لانها ادنى حالا واقل اعمالا وايسر قضاء لكونها غير موقتة وكذا اذا احرم بالعمرة
ثم بالحج ولم يات بشيء من افعال العمرة لما قلنا فان طاف للعمرة اربعة اشواط ثم احرم بالحج رفض الحج
بلا خلاف لان للاكثر حكم الكل فيتعذر رفضها كما اذا فرغ منها ولا كذلك اذا طاف للعمرة اربعة
اشواط ثم احرم اقل من ذلك عند ابي حنيفة وله ان احرام العمرة قد تاكد باداء شيء من اعمالها واحرام
الحج لم يتاكد ورفض غير المتاكد ايسر ولان في رفض العمرة والحالة هذه ابطال العمل وفي رفض
الحج امتناع عنه وعليه دم بالرفض ايهما رفضه لانه تحلل قبل اوانه لتعذر المضي فيه فكان في معنى
المحصر الا ان في رفض العمرة قضاؤها لا غير وفي رفض الحج قضاؤه وعمرة لانه في معنى فائت الحج وان مضى
عليهما اجزأه لانه ادى افعالهما كما التزمهما غير انه منهي عنهما والنهي لا يمنع تحقق الفعل على ما عرف
من اصلنا وعليه دم لجمعه بينهما لانه تمكن النقصان في عمله لارتكابه المنهي عنه وهذا في حق المكي
دم جبر وفي حق الآفاقي دم شكر ومن احرم بالحج ثم احرم يوم النحر بحجة اخرى فان حلق في الاولى
لزمته الاخرى ولا شيء عليه وان لم يحلق في الاولى لزمته الاخرى وعليه دم قصر او لم يقصر
عند ابي حنيفة رح وقالا ان لم يقصر فلا شيء عليه لان الجمع بين احرامي الحج او احرامي العمرة بدعة فاذا
حلق فهو وان كان نسكا في الاحرام الاول فهو جناية على الثاني لانه في غير اوانه فيلزمه الدم
وان لم يحلق حتى حج في العام القابل فقد اخر الحلق عن وقته في الاحرام الاول وذلك يوجب الدم
عند ابي حنيفة رح وعندهما لا يلزمه شيء على ما ذكرنا فلهذا سوى بين التقصير وعدمه عنده وشرط
التقصير عندهما ومن فرغ من عمرته الا التقصير فاحرم باخرى فعليه دم لاحرامه قبل الوقت لانه
جمع بين احرامي العمرة وهذا مكروه فيلزمه الدم وهو دم جبر وكفارة ومن اهل بالحج ثم احرم بعمرة
لزماه لان الجمع بينهما مشروع في حق الآفاقي والمسألة فيه فيصير بذلك قارنا لكنه اخطأ

السنة

السنة فيصير مسيئا فلو وقف بعرفات ولم يات بافعال العمرة فهو رافض لعمرته لانه تعذر عليه
اداؤها اذ هي مبنية على الحج غير مشروعة فان توجه اليها لم يكن رافضا حتى يقف وقد ذكرناه من قبل فان طاف للحج ثم
احرم بعمرة فمضى عليهما لزماه وعليه دم لجمعه بينهما لان الجمع بينهما مشروع على ما مر فصح الاحرام بهما والمراد بهذا الطواف
طواف التحية وانه سنة وليس بركن حتى لا يلزمه بتركه شيء واذا لم يات بما هو ركن بافعال العمرة ثم
بافعال الحج فلهذا لو مضى عليهما جاز وعليه دم لجمعه بينهما وهو دم كفارة وجبر هو الصحيح لانه بان افعال العمرة
على افعال الحج من وجه ويستحب ان يرفض عمرته لان احرام الحج قد تاكد بشيء من اعماله بخلاف ما اذا لم يطف للحج
واذا رفض عمرته يقضيها لصحة الشروع فيها وعليه دم لرفضها ومن اهل بعمرة في يوم النحر او في ايام التشريق لزمته
لما قلنا ويرفضها اي يلزمه الرفض لانه قد ادى ركن الحج فيصير بانيا افعال الحج من كل وجه وقد كرهت العمرة
في هذه الايام ايضا على ما نذكر فلهذا يلزمه رفضها فان رفضها فعليه دم لرفضها وعمرة مكانها لما بينا وان مضى
عليها اجزأه لان الكراهة لمعنى في غيرها وهو كونه مشغولا في هذه الايام باداء بقية اعمال الحج فيجب تخليص
الوقت له تعظيما وعليه دم لجمعه بينهما اما في الاحرام او في الاعمال الباقية قالوا وهذا دم كفارة ايضا
وقيل اذا حلق للحج ثم احرم لا يرفضها على ظاهر ما ذكر في الاصل ودل الحج يتحلل لعجزه عن الاصل وان
كان يدرك الهدي جاز له التحلل استحسانا وهذا التقسيم لا يستقيم على قولهما في المحصر بالحج لان دم الاحصار عندهما
يتوقت بيوم النحر حتى يدرك الحج وقيل يرفضها احترازا عن المنهي قال الفقيه ابو جعفر ومشايخنا رحمهم الله على هذا ومن
فاته الحج ثم احرم بعمرة او بحجة فانه يرفضها لان فائت الحج يتحلل بافعال العمرة من غير ان ينقلب احرامه احرام العمرة
على ما نبينه في باب الفوات ان شاء الله تعالى فيصير جامعا بين العمرتين من حيث الافعال فعليه ان يرفضها كما لو احرم
بعمرتين وان احرم بحجة يصير جامعا بين الحجتين احراما فعليه ان يرفضها كما لو احرم بحجتين وعليه قضاؤها لصحة
الشروع فيها ودم لرفضها بالتحلل قبل اوانه

باب الاحصار واذا احصر المحرم بعدو او اصابه مرض
فمنعه من المضي جاز له التحلل وقال الشافعي رح لا يكون الاحصار الا بالعدو لان التحلل بالهدي شرع في حق
المحصر لتحصيل النجاة وبالاحلال ينجو من العدو لا من المرض ولنا ان آية الاحصار وردت في الاحصار بالمرض باجماع
اهل اللغة فانهم قالوا الاحصار بالمرض والحصر بالعدو والتحلل قبل اوانه لدفع الحرج الآتي من قبل امتداد
الاحرام والحرج في الاصطبار عليه مع المرض اعظم واذا جاز له التحلل يقال له ابعث شاة تذبح في الحرم
وواعد من تبعثه بيوم بعينه يذبح فيه ثم تحلل وانما يبعث الى الحرم لان دم الاحصار قربة والاراقة
لم تعرف قربة الا في زمان او مكان على ما مر فلا يقع قربة دونه فلا يقع به التحلل واليه الاشارة بقوله تعالى
ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدي محله فان الهدي اسم لما يهدى الى الحرم وقال الشافعي رح لا يتوقف

به لانه شرع رخصة والتوقيت يبطل الرخصة التخفيف قلنا المراعى اصل التخفيف لا نهايته ويجوز اشتراط
المنصوص عليه الهدي والشاة ادناه ويجزيه البقرة والبدنة كما في الضحايا ولا يبعد ان يعد ما ذكرنا بعث الشاة
بعينها لان ذلك قد يتعذر بل له ان يبعث بالقيمة حتى تشترى الشاة هنالك وتذبح عنه وقوله ثم تحلل
اشارة الى انه ليس عليه الحلق او التقصير وهو قول ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف رح عليه ذلك ولو لم يفعل
لا شيء عليه لانه عليه السلام حلق عام الحديبية وكان محصرا به وامر اصحابه بذلك ولهما ان الحلق انما عرف قربة مرتبا
على افعال الحج فلا يكون نسكا قبلها وفعل النبي عم واصحابه رضي الله عنهم ليعرف استحكام عزيمتهم على الانصراف
فان كان قارنا بعث بدمين لاحتياجه الى التحلل عن احرامين فان بعث بهدي واحد ليتحلل عن الحج
ويبقى في احرام العمرة لم يتحلل عن واحد منهما لان التحلل منهما شرع في حالة واحدة ولا يجوز ذبح دم الاحصار
الا في الحرم ويجوز ذبحه قبل يوم النحر عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز الذبح للمحصر بالحج الا في يوم النحر ويجوز للمحصر
بالعمرة متى شاء اعتبارا بهدي المتعة والقران وربما يعتبرانه بالحلق اذ كل واحد منهما محلل ولابي حنيفة رح
انه دم كفارة حتى لا يجوز الاكل منه فيختص بالمكان دون الزمان كسائر دماء الكفارات بخلاف دم المتعة
والقران لانه دم نسك وبخلاف الحلق لانه في اوانه لان معظم افعال الحج وهو الوقوف ينتهي به والمحصر
بالحج اذا تحلل فعليه حجة وعمرة هكذا روي عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم ولان الحجة يجب قضاؤها لصحة
الشروع والعمرة لما انه في معنى فائت الحج وعلى المحصر بالعمرة القضاء والاحصار عنها يتحقق عندنا وقال
مالك رح لا يتحقق لانها لا تتوقت ولنا ان النبي عم واصحابه رضي الله عنهم احصروا بالحديبية وكانوا
عمارا ولان شرع التحلل لدفع الحرج وهذا موجود في احرام العمرة واذا تحقق الاحصار فعليه القضاء اذا تحلل
كما في الحج وعلى القارن حجة وعمرتان اما الحج واحداهما فلما بينا والثانية لانه خرج منها بعد صحة الشروع
وان بعث القارن هديا وواعدهم ان يذبحوه في يوم بعينه ثم زال الاحصار فان كان لا يدرك الحج
والهدي لا يلزمه ان يتوجه بل يصبر حتى يتحلل بنحر الهدي لفوات المقصود من التوجه وهو اداء الافعال وان
توجه ليتحلل بافعال العمرة له ذلك لانه فائت الحج وان كان يدرك الحج والهدي لزمه التوجه لزوال
العجز قبل حصول المقصود بالخلف واذا ادرك هديه صنع به ما شاء لانه ملكه وقد كان عينه لمقصود
استغنى عنه وان كان يدرك الهدي دون الحج يتحلل لعجزه عن الاصل وان كان يدرك الحج دون
الهدي جاز له التحلل استحسانا وهذا التقسيم لا يستقيم على قولهما في المحصر بالحج لان دم الاحصار عندهما يتوقت
بيوم النحر فمن يدرك الحج يدرك الهدي وانما يستقيم على قول ابي حنيفة رح وفي المحصر بالعمرة
يستقيم بالاتفاق لعدم توقت الدم بيوم النحر وجه القياس وهو قول زفر رح انه قدر على الاصل

وهو

وهو الحج قبل حصول المقصود بالبدل وهو الهدي وجه الاستحسان انا لو الزمناه التوجه لضاع ماله لان المبعوث
على يديه الهدي يذبحه ولا يحصل مقصوده وحرمة المال كحرمة النفس وله الخيار ان شاء صبر في ذلك المكان
او في غيره ليذبح عنه فيتحلل وان شاء توجه ليؤدي النسك الذي التزمه بالاحرام وهو افضل
لانه اقرب الى الوفاء بما وعده ومن وقف بعرفة ثم احصر لا يكون محصرا لوقوع الامن عن الفوات
ومن احصر بمكة وهو ممنوع عن الطواف والوقوف فهو محصر لانه تعذر عليه الاتمام فصار كما اذا احصر
في الحل وان قدر على احدهما فليس بمحصر اما على الطواف فلان فائت الحج يتحلل به والدم بدل
عنه في التحلل واما على الوقوف فلما بينا وقد قيل في هذه المسألة خلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف
رح والصحيح ما اعلمتك من التفصيل باب الفوات ومن احرم بالحج وفاته الوقوف بعرفة حتى طلع
الفجر من يوم النحر فقد فاته الحج لما ذكرنا ان وقت الوقوف يمتد اليه وعليه ان يطوف ويسعى ويتحلل ويقضي الحج
من قابل ولا دم عليه لقوله عم من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فليحل بعمرة وعليه الحج من قابل والعمرة ليست
الا الطواف والسعي ولان الاحرام بعدما انعقد صحيحا لا طريق للخروج عنه الا باداء احد النسكين كما
في الاحرام المبهم وههنا عجز عن الحج فتعين عليه العمرة ولا دم عليه لان التحلل وقع بافعال العمرة فكانت
في حق فائت الحج بمنزلة الدم في حق المحصر فلا يجمع بينهما والعمرة لا تفوت وهي جائزة في جميع السنة الا خمسة ايام يكره
فعلها فيها وهي يوم عرفة ويوم النحر وايام التشريق لما روي عن عائشة رضي الله عنها انها كانت تكره العمرة
في هذه الايام ولان هذه ايام الحج فكانت متعينة له وعن ابي يوسف رح انه لا يكره في يوم عرفة قبل
الزوال لان دخول وقت ركن الحج بعد الزوال لا قبله والاظهر من المذهب ما ذكرناه ولكن مع هذا
لو اداها في هذه الايام صح ويبقى محرما بها فيها لان الكراهة لغيرها وهو تعظيم امر الحج وتخليص وقته
له فيصح الشروع والعمرة سنة وقال الشافعي رح فريضة لقوله عم العمرة فريضة كفريضة الحج ولنا
قوله عم الحج فريضة والعمرة تطوع ولانها غير موقتة بوقت وتتأدى بنية غيرها كما في فائت
الحج وهذه امارة النفلية وتأويل ما رواه انها مقدرة باعمال كالحج اذ لا تثبت الفرضية
مع التعارض في الآثار قال وهي الطواف والسعي وقد ذكرناه في باب التمتع باب الحج عن الغير
الاصل في هذا الباب ان الانسان له ان يجعل ثواب عمله لغيره صلاة او صوما او صدقة او
غيرها عند اهل السنة والجماعة لما روي عن النبي عم انه ضحى بكبشين املحين احدهما عن نفسه والآخر
عن امته ممن اقر بوحدانية الله تعالى وشهد له بالبلاغ جعل تضحية احدى الشاتين لامته والعبادات انواع
مالية محضة كالزكاة وبدنية محضة كالصلاة ومركبة منهما كالحج والنيابة تجري في النوع الاول

الواع م

قوله وهي عن الحاج ويضمن النفقة لان الحجة عن الآمر الآمرة بقي لا طباق بين الدليل والمدلول كما ترى هذا التعليل تعليل حكم غير مذكور وتقدير الكلام ويضمن النفقة لانه خالفهما وانما قلنا لا يضمن النفقة اذا وافق امر الآمر لان الحج حينئذ يقع عن الآمر حتى لا يخرج الحاج عن حجة الاسلام وههنا قد خالف فلا يقع الحج عن الآمر بل عن المامور وكان هذا التعليل تعليلا لما اذا وقع الحج عن الآمر وهو في صورة عدم مخالفة المامور للآمر والا لا مطابقة بين الدليل والمدلول
حاشية جمال الدين القنوي

في حالة الاختيار والضرورة لحصول المقصود بفعل النائب ولا تجري في النوع الثاني بحال لان المقصود وهو اتعاب النفس لا يحصل به وتجري في النوع الثالث عند العجز للمعنى الثاني وهي المشقة بتنقيص المال ولا تجري عند القدرة لعدم اتعاب النفس والشرط العجز الدائم الى وقت الموت لان الحج فرض العمر وفي الحج النفل تجوز الانابة حالة القدرة لان باب النفل اوسع ثم ظاهر المذهب ان الحج يقع عن المحجوج عنه وبذلك يشهد الاخبار الواردة في الباب كحديث الخثعمية فانه عليه السلام قال فيه حجي عن ابيك واعتمري وعن محمد ان الحج يقع عن الحاج وللآمر ثواب النفقة لانه عبادة بدنية وعند العجز اقيم الانفاق مقامه كالفدية في باب الصوم قال ومن امره رجلان ان يحج عن كل واحد منهما حجة فاهل بحجة عنهما فهي عن الحاج ويضمن النفقة لان الحج يقع عن الآمر حتى لا يخرج الحاج عن حجة الاسلام وكل واحد منهما امره ان يخلص الحج له من غير اشتراك ولا يمكن ايقاعه عن احدهما لعدم الاولوية فيقع عن المامور ولا يمكنه ان يجعله عن احدهما بعد ذلك بخلاف ما اذا حج عن ابويه فان له ان يجعله عن احدهما لانه متبرع بجعل ثواب عمله لاحدهما او لهما فيبقى على خياره بعد وقوعه سببا لثوابه وههنا يفعل بحكم الآمر وقد خالف امرهما فيقع عنه ويضمن النفقة ان انفق من مالهما لانه صرف نفقة الآمر الى حج نفسه وان ابهم الاحرام بان نوى عن احدهما غير عين فان مضى على ذلك صار مخالفا لعدم الاولوية وان عين احدهما قبل المضي فكذلك عند ابي يوسف رحمه الله وهو القياس لانه مامور بالتعيين والابهام يخالفه فيقع عن نفسه بخلاف ما اذا لم يعين حجة او عمرة كان له ان يعين ما شاء لان الملتزم هناك مجهول وههنا المجهول من له الحق وجه الاستحسان ان الاحرام شرع وسيلة الى الافعال لا مقصودا بنفسه والمبهم يصلح وسيلة بواسطة التعيين فصار مخالفا فان امره غيره بالقران فالدم على من احرم لانه وجب شكرا لما وفقه الله تعالى من الجمع بين النسكين والمامور هو المختص بهذه النعمة لان حقيقة الفعل منه وهذه المسئلة تشهد بصحة المروي عن محمد رحمه الله ان الحج يقع عن المامور وكذلك ان امره واحد بان يحج عنه والآخر بان يعتمر عنه واذنا له بالقران فالدم عليه لما قلنا ودم الاحصار على الآمر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف على الحاج لانه وجب للتحلل دفعا لضرر امتداد الاحرام وهذا الضرر راجع اليه فيكون الدم عليه ولهما ان الآمر هو الذي ادخله في هذه العهدة فعليه خلاصه فان كان يحج عن ميت فاحصر فالدم في مال الميت عندهما خلافا لابي يوسف رحمه الله ثم قيل هو من ثلث مال الميت لانه صلة كالزكوة وغيرها وقيل من جميع المال لانه وجب حقا للمامور فصار دينا ودم الجماع على الحاج لانه دم جناية وهو الجاني عن اختيار

قوله لان الحج يقع عن الآمر اه اي في صورة لم يخالف امره وههنا قد خالف امره فينبغي ان يقع عن المامور اه
هذا التعليل تعليل حكم غير مذكور وتقدير الكلام ويضمن النفقة الا لا يضمن النفقة اذا وافق امر الآمر لان الحج حينئذ يقع عن الآمر وههنا قد خالف فلا يقع الحج عن الآمر بل يقع عن المامور وكان هذا التعليل تعليلا لما اذا وقع الحج عن الآمر وهو في صورة عدم مخالفة المامور للآمر والا لا مطابقة بين الدليل والمدلول ع

فاكتفى به شرطا بخلاف ما اذا ادى الافعال على الابهام لان المؤدى لا يحتمل التعيين صح

اجماع علم

ويضمن

ويضمن النفقة معناه اذا جامع قبل الوقوف حتى فسد حجه لان الصحيح هو المامور به بخلاف ما اذا فاته الحج حيث لا يضمن النفقة لانه ما فاته باختياره اما اذا جامع بعد الوقوف لا يفسد حجه ولا يضمن النفقة لحصول مقصود الآمر وعليه الدم في ماله لما بينا وكذلك سائر دماء الكفارات على الحاج لما قلنا ومن اوصى بان يحج عنه فاحجوا عنه رجلا فلما بلغ الكوفة مات او سرقت نفقته وقد انفق النصف يحج عن الميت من منزله بثلث ما بقي وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يحج عنه من حيث مات الاول فالكلام ههنا في اعتبار الثلث وفي مكان الحج اما الاول فالمذكور قول ابي حنيفة رحمه الله واما عند محمد رحمه الله يحج عنه بما بقي من المال المدفوع اليه ان بقي شيء والا بطلت الوصية اعتبارا بتعيين الموصي اذ تعيين الوصي كتعيينه وعند ابي يوسف رحمه الله يحج عنه بما بقي من الثلث الاول لانه هو المحل لنفاذ الوصية ولابي حنيفة رحمه الله ان قسمة الوصي وعزله المال لا يصح الا بالتسليم الى الوجه الذي سماه الموصي لانه لا خصم ليقبض ولم يوجد التسليم الى ذلك الوجه فصار كما اذا هلك قبل الافراز والعزل فيحج بثلث ما بقي واما الثاني فوجه قول ابي حنيفة رحمه الله وهو القياس ان القدر الموجود من السفر قد بطل في حق احكام الدنيا قال عليه السلام اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلث الحديث وتنفيذ الوصية من احكام الدنيا فبقيت الوصية من وطنه كان لم يوجد الخروج وجه قولهما وهو الاستحسان ان سفره لم يبطل لقوله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله ورسوله الآية وقال عليه السلام من مات في طريق الحج كتب له حجة مبرورة في كل سنة واذا لم يبطل اعتبرت الوصية من ذلك المكان واصل الاختلاف في الذي يحج بنفسه ويبتنى على ذلك المامور بالحج قال ومن اهل بحجة عن ابويه يجزيه ان يجعله عن احدهما لان من حج عن غيره بغير اذنه فانما يجعل ثواب حجه له وذلك بعد اداء الحج فلغت نيته قبل ادائه وصح جعله ثوابه لاحدهما بعد الاداء بخلاف المامور على ما فرقنا من قبل والله اعلم بالحقيقة باب الهدي

الهدي ادناه شاة لما روي انه عليه السلام سئل عن الهدي فقال ادناه شاة قال وهو من ثلاثة انواع الابل والبقر والغنم لانه عليه السلام لما جعل الشاة ادنى لا بد ان يكون له اعلى وهو البقر والجزور ولان الهدي ما يهدى الى الحرم ليتقرب به فيه والاصناف الثلاثة سواء في هذا المعنى ولا يجوز في الهدايا الا ما جاز في الضحايا لانه قربة تعلقت باراقة الدم كالاضحية فيتخصصان بمحل واحد والشاة جائزة في كل شيء الا في موضعين من طاف طواف الزيارة جنبا ومن جامع بعد الوقوف فانه لا يجوز فيهما الا البدنة وقد بيناه المعنى فيما سبق ويجوز الاكل من هدي التطوع والمتعة والقران

لانه دم نسك فيجوز الاكل منها بمنزلة الاضحية وقد صح ان النبي عم اكل من لحم هديه وحسا من المرقة
ويستحب له ان ياكل منها لما روينا وكذا يستحب ان يتصدق على الوجه الذي عرف في الضحايا ولا يجوز
الاكل من بقية الهدايا لانها دماء كفارات وقد صح ان النبي عم لما احصر بالحديبية وبعث
الهدايا على يدي ناجية الاسلمي قال له لا تاكل انت ورفقتك منها شيئا ولا يجوز ذبح هدي التطوع
والمتعة والقران الا في يوم النحر قال رضي الله عنه وفي الاصل يجوز ذبح دم التطوع قبل يوم النحر
وذبحه يوم النحر افضل وهذا هو الصحيح لان القربة في التطوعات باعتبار انها هدايا وذلك يتحقق ببلوغها
الى الحرم فاذا وجد ذلك جاز ذبحها في غير يوم النحر وفي ايام النحر افضل لان معنى القربة في اراقة الدم
فيها اظهر اما دم المتعة والقران فلقوله تعالى فكلوا منها واطعموا البائس الفقير ثم ليقضوا تفثهم وقضاء
التفث يختص بيوم النحر ولانه دم نسك فيختص بيوم النحر كالاضحية ويجوز ذبح بقية الهدايا في اي
وقت شاء وقال الشافعي رح لا يجوز الا في يوم النحر اعتبارا بدم المتعة والقران فان كل واحد
منهما دم جبر عنده ولنا ان هذه دماء كفارات فلا يختص بيوم النحر لانها لما وجبت لجبر النقصان
كان التعجيل بها اولى لارتفاع النقصان به من غير تاخير بخلاف دم المتعة والقران لانه دم نسك
قال ولا يجوز ذبح الهدايا الا في الحرم لقوله تعالى في جزاء الصيد هديا بالغ الكعبة فصار اصلا
في كل دم هو كفارة ولان الهدي اسم لما يهدى الى مكان ومكانه الحرم قال عم منى كلها
منحر وفجاج مكة كلها منحر ويجوز ان يتصدق بها على مساكين الحرم وغيرهم خلافا للشافعي رح لان
الصدقة قربة معقولة والصدقة على كل فقير قربة قال ولا يجوز التعريف بالهدايا لان الهدي ينبئ عن
النقل الى مكان ليتقرب باراقة دمه فيه لا عن التعريف فلا يجب وان عرف بهدي المتعة فحسن لانه
يتوقت بيوم النحر فعسى لا يجد من يمسكه فيحتاج الى ان يعرف به ولانه دم نسك فيكون مبناه على التشهير
بخلاف دماء الكفارات لانه يجوز ذبحها قبل يوم النحر على ما ذكرناه وسببها الجناية فيليق بها الستر
قال والافضل في البدن النحر وفي البقر والغنم الذبح لقوله تعالى فصل لربك وانحر قيل في تاويله
الجزور وقال تعالى ان تذبحوا بقرة وقال تعالى وفديناه بذبح عظيم والذبح ما اعد للذبح وقد
صح ان النبي صلى الله عليه وسلم نحر الابل وذبح البقر والغنم ثم ان شاء نحر الابل في الهدايا
قياما او اضجعها واي ذلك فعل فهو حسن والافضل ان ينحرها قياما لما روي انه عم نحر الهدايا
قياما واصحابه رضي الله عنهم كانوا ينحرونها قياما معقولة اليد اليسرى ولا يذبح البقر والغنم قياما
لان في حالة الاضطجاع المذبح ابين فيكون الذبح ايسر والذبح هو السنة فيهما قال والاولى

ان يتولى

ان يتولى الانسان ذبحها بنفسه اذا كان يحسن ذلك لما روي ان النبي عم ساق مائة بدنة في حجة الوداع
فنحر نيفا وستين بنفسه وولى الباقي عليا رضي الله عنه ولانه قربة والتولي في القربات اولى لما فيه
من زيادة الخشوع الا ان الانسان قد لا يهتدي لذلك ولا يحسنه فجوزنا توليته غيره قال ويتصدق بجلالها
وخطامها ولا يعطي اجرة الجزار منها لقوله عم لعلي رضي الله عنه تصدق بجلالها وخطمها ولا تعط اجر الجزار منها
ومن ساق بدنة فاضطر الى ركوبها ركبها وان استغنى عن ذلك لم يركبها لانه جعلها خالصا لله تعالى
فما ينبغي ان يصرف شيئا من عينها او منافعها الى نفسه الى ان يبلغ محله الا ان يحتاج الى ركوبه لما روي
ان النبي عم راى رجلا يسوق بدنة فقال اركبها ويلك وتاويله انه كان عاجزا محتاجا ولو ركبها
فانتقص بركوبه فعليه ضمان ما نقص من ذلك وان كان لها لبن لم يحلبها لان اللبن متولد منها فلا يصرفه
الى حاجة نفسه وينضح ضرعها بالماء البارد حتى ينقطع اللبن ولكن هذا اذا كان قريبا من وقت الذبح
فان كان بعيدا منه يحلبها ويتصدق بلبنها كيلا يضر ذلك بها وان صرفه الى حاجة نفسه تصدق بمثله
او بقيمته لانه مضمون عليه ومن ساق هديا فعطب فان كان تطوعا فليس عليه غيره لان القربة
تعلقت بهذا المحل وقد فات وان كان عن واجب فعليه ان يقيم غيره مقامه لان الواجب باق في ذمته
لان المعيب بمثله لا يتادى به الواجب فلا بد من غيره وصنع بالمعيب ما شاء لانه التحق بسائر املاكه
واذا عطبت البدنة في الطريق فان كان تطوعا نحرها وصبغ نعلها بدمها وضرب بها صفحة سنامها ولم
ياكل هو ولا غيره من الاغنياء بذلك امر رسول الله صلى الله عليه ناجية الاسلمي رضي الله عنه والمراد بالنعل
قلادتها وفائدة ذلك ان يعلم الناس انه هدي فياكل منه الفقراء دون الاغنياء وهذا لان الاذن بتناوله
معلق بشرط بلوغه محله فينبغي ان لا يحل قبل ذلك اصلا الا ان التصدق على الفقراء افضل من ان يتركه جزرا للسباع
وفيه نوع تقرب والتقرب هو المقصود فان كانت واجبة اقام غيرها مقامها وصنع بها ما شاء لانه
لم يبق صالحا لما عينه وهو ملكه كسائر املاكه ويقلد هدي التطوع والمتعة والقران لانه دم نسك وفي التقليد
اظهاره وتشهيره فيليق به ولا يقلد دم الاحصار ولا دم الجنايات لان سببها الجناية والستر
اليق بها ودم الاحصار جابر فيلحق بجنسها ثم ذكر الهدي ومراده البدنة لانه لا يقلد الشاة عادة ولا
تقليده عندنا لعدم فائدة التقليد على ما تقدم. مسائل منثورة. اهل عرفة اذا وقفوا في يوم وشهد
قوم انهم وقفوا يوم النحر اجزاهم والقياس ان لا يجزيهم اعتبارا بما اذا وقفوا يوم التروية وهذا
لانه عبادة تختص بزمان ومكان فلا يقع عبادة دونهما وجه الاستحسان ان هذه شهادة قامت
على النفي وعلى امر لا يدخل تحت الحكم لان المقصود منها نفي حجهم والحج لا يدخل تحت الحكم فلا تقبل ولان فيه بلوى

وان اصابه عيب كبير يقيم غيره مقامه صح

عاماً لتعذر الاحتراز عنه والتدارك غير ممكن وفي الامر بالاعادة حرج بين فوجب ان يكتفى به عند الاشتباه
بخلاف ما اذا وقفوا يوم التروية لان التدارك ممكن في الجملة بان يزول الاشتباه في يوم عرفة ولان
جواز المؤخر له نظير ولا كذلك جواز المقدم قالوا ينبغي للحاكم ان لا يسمع هذه الشهادة ويقول قد تم حج
الناس فانصرفوا لانه ليس فيها الا ايقاع الفتنة وكذا اذا شهدوا عشية عرفة برؤية الهلال ولا يمكنه الوقوف
في بقية الليل مع الناس او اكثرهم لم يعمل بتلك الشهادة ۞ ومن رمى في اليوم الثاني الجمرة الوسطى
والثالثة ولم يرم الاولى فان رمى الاولى ثم الباقيتين فحسن لانه راعى الترتيب المسنون ولو رمى
الاولى وحدها اجزاه لانه تدارك المتروك في وقته وانما ترك الترتيب وقال الشافعي رح لا يجزيه
ما لم يعد الكل لانه شرع مرتبا فصار كما اذا سعى قبل الطواف او بدأ بالمروة قبل الصفا ولنا ان كل
جمرة قربة مقصودة بنفسها فلا يتعلق الجواز بتقديم البعض على البعض بخلاف السعي لانه تابع للطواف لانه دونه
والمروة عرفت منتهى السعي بالنص فلا يتعلق به البداية ۞ ومن جعل على نفسه ان يحج ماشياً فانه لا يركب
حتى يطوف طواف الزيارة وفي الاصل خيره بين الركوب والمشي وهذا اشارة الى الوجوب وهو الاصل لانه
التزم القربة بصفة الكمال فتلزمه بتلك الصفة كما اذا نذر بالصوم متتابعاً وافعال الحج تنتهي بطواف الزيارة
فيمشي الى ان يطوفه ثم قيل يبتدئ بالمشي من حين يحرم وقيل من بيته لان الظاهر انه هو المراد
ولو ركب اراق دما لانه ادخل نقصا فيه قالوا انما يركب اذا بعدت المسافة وشق المشي واذا قربت
والرجل ممن يعتاد المشي ولا يشق عليه ينبغي ان لا يركب ۞ ومن باع جارية محرمة قد اذن لها في ذلك
فللمشتري ان يحللها ويجامعها وقال زفر رح ليس له ذلك لان هذا عقد سبق ملكه فلا يتمكن من فسخه
كما لو اشترى جارية منكوحة ولنا ان المشتري قائم مقام البائع وقد كان للبائع ان يحللها فكذا
للمشتري الا انه يكره ذلك للبائع لما فيه من خلف الوعد وهذا المعنى لم يوجد في حق المشتري بخلاف
النكاح لانه ما كان للبائع ان يفسخه اذا باشرت باذنه فكذا لا يكون للمشتري واذا كان له ان
يحللها لا يتمكن من ردها بالعيب عندنا وعند زفر رح يتمكن لانه ممنوع عن غشيانها وذكر في بعض النسخ
او يجامعها والاول يدل على انه يحللها بغير الجماع بقص شعر او بقلم ظفر ثم يجامع والثاني يدل على
انه يحللها بالمجامعة لانها لا تخلو عن تقديم مس يقع به التحلل والاولى ان يحللها بغير المجامعة تعظيماً
لامر الحج ۞

كتاب النكاح

بسم الله الرحمن الرحيم النكاح ينعقد بالايجاب والقبول بلفظين يعبر بهما
عن الماضي لان الصيغة وان كانت للاخبار وضعا فقد جعلت للانشاء شرعا دفعا للحاجة
وينعقد بلفظين يعبر باحدهما عن الماضي وبالآخر عن المستقبل مثل ان يقول زوجني ويقول زوجتك

لان هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح على ما نبينه ان شاء الله تعالى وينعقد
بلفظ النكاح والتزويج والتمليك والهبة والصدقة وقال الشافعي رح لا ينعقد الا بلفظ النكاح
والتزويج لان التمليك ليس حقيقة فيه ولا مجازا عنه لان التزويج للتلفيق والنكاح للضم ولا ضم ولا
ازدواج بين المالك والمملوك اصلا ولنا ان التمليك سبب لملك المتعة في محلها بواسطة ملك
الرقبة وهو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز وينعقد بلفظ البيع هو الصحيح لوجود طريق المجاز
ولا ينعقد بلفظ الاجارة في الصحيح لانه ليس بسبب لملك المتعة ولا بلفظ الاباحة والاحلال و
الاعارة لما قلنا ولا بلفظ الوصية لانها توجب الملك مضافا الى ما بعد الموت قال ولا ينعقد
نكاح المسلمين الا بحضرة شاهدين حرين عاقلين بالغين مسلمين او رجل وامرأتين عدولا
كانوا او غير عدول او محدودين في القذف قال رضي الله عنه اعلم ان الشهادة شرط في النكاح
لقوله عم لا نكاح الا بشهود وهو حجة على مالك رح في اشتراط الاعلان دون الشهادة ولا بد من اعتبار الحرية
فيها لان العبد لا شهادة له لعدم الولاية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لانه لا ولاية بدونهما ولا بد
من اعتبار الاسلام في انكحة المسلمين لانه لا شهادة للكافر على المسلم ولا يشترط وصف الذكورة
حتى ينعقد بحضور رجل وامرأتين وفيه خلاف الشافعي رح وستعرف في الشهادات ان شاء الله تعالى
ولا يشترط العدالة حتى ينعقد بحضرة الفاسقين عندنا خلافا للشافعي رح له ان الشهادة من باب الكرامة
والفاسق من اهل الاهانة ولنا انه من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة وهذا لانه
لما لم يحرم الولاية على نفسه لاسلامه لا يحرم على غيره لانه من جنسه ولانه صلح مقلِّداً فيصلح مقلَّداً
وكذا شاهدا والمحدود في القذف من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة تحملا وانما الفائت ثمرة
الاداء بالنهي لجريمته فلا يبالي بفواته كما في شهادة العميان وابني العاقدين قال وان
تزوج المسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد وزفر رح
لا يجوز لان السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم فكانهما لم يسمعا
كلام المسلم ولهما ان الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار اثبات الملك لوروده على
محل ذي خطر لا على اعتبار وجوب المهر اذ لا شهادة تشترط في لزوم المال وهما شاهدان عليها
بخلاف ما اذا لم يسمعا كلام الزوج لان العقد ينعقد بكلاميهما والشهادة شرط على العقد ومن امر رجلا
بان يزوج ابنته الصغيرة فزوجها والاب حاضر بشهادة رجل واحد سواهما جاز النكاح
لان الاب يجعل مباشرا لاتحاد المجلس ويكون الوكيل سفيرا ومعبرا فيبقى المزوج شاهدا وان كان

الاب غائبا لم يجز لان المجلس يختلف فلا يمكن ان يجعل الاب مباشرا وعلى هذا اذا زوج الاب
ابنته البالغة بحضرة شاهد واحد ان كانت حاضرة جاز وان كانت غائبة لا يجوز فصل
في بيان المحرمات قال لا يحل لرجل ان يتزوج بامه ولا بجداته من قبل الرجال والنساء
لقوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم والجدات امهات اذ الام هو الاصل لغة او ثبتت
حرمتهن بالاجماع قال ولا ببنته لما تلونا ولا ببنت ولده وان سفلت للاجماع ولا باخته
ولا ببنات اخته ولا ببنات اخيه ولا بعمته ولا بخالته لان حرمتهن منصوص عليها في هذه الآية و
يدخل فيها العمات المتفرقات والخالات المتفرقات وبنات الاخوة المتفرقين لان جهة الاسم عامة
قال ولا بام امرأته التي دخل بابنتها او لم يدخل لقوله تعالى وامهات نسائكم من غير قيد بالدخول ولا ببنت
امرأته التي دخل بها لثبوت قيد الدخول بالنص وسواء كانت في حجره او في حجر غيره لان ذكر الحجر خرج مخرج العادة
لا مخرج الشرط ولهذا اكتفى في موضع الاحلال بنفي الدخول قال ولا بامرأة ابيه واجداده لقوله تعالى
ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم ولا بامرأة ابنه وبني اولاده لقوله تعالى وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم وذكر الاصلاب
لاسقاط اعتبار التبني لا لاحلال حليلة الابن من الرضاعة ولا بامه من الرضاعة ولا باخته من الرضاعة لقوله تعالى
وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة ولقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب
ولا يجمع بين الاختين نكاحا ولا بملك يمين وطئا لقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف
ولقوله عليه السلام من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعن ماءه في رحم اختين فان تزوج اخت
امة له قد وطئها صح النكاح لصدوره من اهله مضافا الى محله واذا جاز لا يطأ الامة وان كان
لم يطأ المنكوحة لان المنكوحة موطوءة حكما ولا يطأ المنكوحة للجمع الا اذا حرم الموطوءة على نفسه
بسبب من الاسباب فحينئذ يطأ المنكوحة لعدم الجمع ويطأ المنكوحة ان لم يكن وطئ المملوكة
لعدم الجمع وطئا اذ المرقوقة ليست موطوءة حكما فان تزوج اختين في عقدتين ولا يدري ايتهما
اولى فرق بينه وبينهما لان نكاح احداهما باطل بيقين ولا وجه الى التعيين لعدم الاولوية
ولا الى التنفيذ مع التجهيل لعدم الفائدة او للضرر فتعين التفريق ولهما نصف المهر لانه وجب
للاولى منهما وانعدمت الاولوية للجهل بالاولية فيصرف اليهما وقيل لا بد من دعوى كل
واحدة او الاصطلاح لجهالة المستحقة ولا يجمع بين المرأة وعمتها او خالتها او ابنة اخيها
او ابنة اختها لقوله عليه السلام لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة اخيها ولا على ابنة اختها وهذا مشهور
يجوز الزيادة على الكتاب بمثله ولا يجمع بين امرأتين لو كانت احداهما رجلا لم يجز له ان يتزوج

بالاخرى

بالاخرى لان الجمع بينهما يفضي الى القطيعة والقرابة المحرمة للنكاح محرمة القطع ولو كانت المحرمية
بينهما بسبب الرضاع يحرم لما روينا من قبل ولا بأس بان يجمع بين امرأة وبنت زوج كان لها
من قبل لانه لا قرابة بينهما ولا رضاع وقال زفر رح لا يجوز لان ابنة الزوج لو قدرتها ذكرا لا يجوز
له التزوج بامرأة ابيه قلنا امرأة الاب لو صورتها ذكرا جاز له التزوج بهذه والشرط ان
يصور ذلك من كل جانب ومن زنى بامرأة حرمت عليه امها وابنتها وقال الشافعي رح الزنا لا يوجب حرمة
المصاهرة لانها نعمة فلا تنال بالمحظور ولنا ان الوطي سبب الجزئية بواسطة الولد حتى يضاف
الى كل واحد منهما كملا فتصير اصولها وفروعها كاصوله وفروعه وكذلك على العكس والاستمتاع
بالجزء حرام الا في موضع الضرورة وهي الموطوءة والوطي محرم من حيث انه سبب الولد لا من حيث انه
زنا ومن مسته امرأة بشهوة حرمت عليه امها وابنتها وقال الشافعي رح لا تحرم وعلى هذا الخلاف مسه
امرأة بشهوة ونظره الى فرجها ونظرها الى ذكره عن شهوة له ان المس والنظر ليس في معنى الدخول ولهذا
لا يتعلق بهما فساد الصوم والاحرام ووجوب الاغتسال فلا يلحقان به ولنا ان المس والنظر سبب
داع الى الوطي فيقام مقامه في موضع الاحتياط ثم المس بشهوة ان تنتشر الآلة او تزداد انتشارا هو الصحيح
والمعتبر النظر الى الفرج الداخل ولا يتحقق ذلك الا عند اتكائها ولو مس فانزل فقد قيل يوجب الحرمة والصحيح
انه لا يوجبها لانه بالانزال تبين انه غير مفض الى الجماع وعلى هذا اتيان المرأة في الدبر واذا طلق امرأته
طلاقا بائنا او رجعيا لم يجز له ان يتزوج باختها حتى تنقضي عدتها وقال الشافعي رح ان كانت العدة
عن طلاق بائن او ثلاث يجوز لانقطاع النكاح بالكلية اعمالا للقاطع ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة
يجب الحد ولنا ان نكاح الاولى قائم لبقاء بعض احكامه كالنفقة والمنع والفراش والقاطع تأخر عمله ولهذا
بقي القيد والحد لا يجب على اشارة كتاب الطلاق وعلى عبارة كتاب الحدود يجب لان الملك قد زال
في حق الحل فيتحقق الزنا ولم يرتفع في حق ما ذكرنا فيصير جامعا ولا يتزوج المولى امته ولا المرأة عبدها
لان النكاح ما شرع الا مثمرا ثمرات مشتركة بين المتناكحين والمملوكية تنافي المالكية فيمتنع وقوع الثمرة
على الشركة ويجوز تزوج الكتابيات لقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب اي العفائف ولا فرق
بين الكتابية الحرة والامة على ما نبين ان شاء الله تعالى ولا يجوز تزوج المجوسيات لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة
اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم ولا الوثنيات لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن
ويجوز تزويج الصابئات ان كانوا يؤمنون بدين نبي ويقرون بكتاب لانهم من اهل الكتاب وان كانوا يعبدون
الكواكب ولا كتاب لهم لم تجز مناكحتهم لانهم مشركون والخلاف المنقول فيه محمول على اشتباه مذهبهم فكل اجاب

على ما وقع عنده وعلى هذا حال ذبيحتهم قال ويجوز للمحرم والمحرمة ان يتزوجا في حالة الاحرام وقال الشافعي رح
لا يجوز وتزويج الولي المحرم وليته على هذا الخلاف له قوله عم لا ينكح المحرم ولا ينكح ولنا ما روي وقال الشافعي رح
لا يجوز للحر ان يتزوج بامة كتابية لان جواز نكاح الاماء ضروري عنده لما فيه من تعريض الجزء على الرق
وقد اندفعت الضرورة بالمسلمة ولهذا جعل طول الحرة مانعا منه وعندنا الجواز مطلق لاطلاق المقتضي وفيه امتناع
عن تحصيل الجزء الحر لا ارقاقه وله ان لا يحصل الاصل فيكون له ان لا يحصل الوصف ولا يتزوج امة على حرة لقوله
عم لا تنكح الامة على الحرة وهو باطلاقه حجة على الشافعي رح في تجويزه ذلك للعبد وعلى مالك رح في تجويزه برضاء الحرة
ولان للرق اثرا في تنصيف النعمة على ما نقرره في الطلاق ان شاء الله تعالى فيثبت حل المحلية في حالة الانفراد
دون حالة الانضمام ويجوز تزوج الحرة عليها لقوله عليه السلام وتنكح الحرة على الامة ولانها من المحللات في جميع
الحالات اذ لا منصف في حقها فان تزوج امة على حرة في عدة من طلاق بائن او ثلاث لم يجز
عند ابي حنيفة رح ويجوز عندهما لان هذا ليس بتزوج عليها وهو المحرم ولهذا لو حلف لا يتزوج عليها لم يحنث
بهذا ولابي حنيفة رح ان نكاح الحرة باق من وجه لبقاء بعض الاحكام فيبقى المنع احتياطا بخلاف اليمين لان المقصود
ان لا يدخل غيرها في قسمها وللحر ان يتزوج اربعا من الحرائر والاماء وليس له ان يتزوج اكثر من ذلك
لقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم مثنى وثلاث ورباع والتنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه وقال الشافعي رح
لا يتزوج الا امة واحدة لانه ضروري عنده والحجة عليه ما تلونا اذ الامة المنكوحة يتناولها اسم النساء كما في
الظهار ولا يجوز للعبد ان يتزوج اكثر من اثنتين وقال مالك رح يجوز لانه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده
حتى يملكه بغير اذن المولى ولنا ان الرق منصف فيتزوج العبد اثنتين والحر اربعا اظهارا لشرف الحرية
فان طلق الحر احدى الاربع طلاقا بائنا لم يجز له ان يتزوج رابعة حتى تنقضي عدتها وفيه خلاف الشافعي
وهو نظير نكاح الاخت في عدة الاخت فان تزوج حبلى من زنا جاز النكاح ولا يطأها حتى
تضع حملها وهذا عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف رح النكاح فاسد وان كان الحمل ثابت النسب
فالنكاح باطل بالاجماع لابي يوسف رح ان الامتناع في الاصل لحرمة الحمل وهذا الحمل محترم اذ لا جناية منه
ولهذا لم يجز اسقاطه ولهما انها من المحللات بالنص وحرمة الوطء كيلا يسقي ماءه زرع غيره والامتناع
في ثابت النسب لحق صاحب الماء ولا حرمة للزاني وان تزوج حاملا من السبي فالنكاح فاسد
لانه ثابت النسب فان زوج ام ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل لانها فراش لمولاها حتى
يثبت نسب ولدها منه من غير دعوة فلو صح النكاح لحصل الجمع بين الفراشين الا انه غير متأكد
حتى ينتفي الولد بالنفي من غير لعان فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل ومن وطئ جاريته ثم زوجها جاز

انه عم تزوج ميمونة وهو محرم وما رواه محمول على الوطء ... ويجوز تزويج الامة مسلمة كانت او كتابية

النكاح

70

النكاح لانها ليست بفراش لمولاها فانها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة الا
ان عليه ان يستبرئها صيانة لمائه واذا جاز النكاح فللزوج ان يطأها قبل الاستبراء عند
ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح لا احب له ان يطأها حتى يستبرئها لانه احتمل الشغل
بماء المولى فوجب التنزه ولهما ان الحكم بجواز النكاح امارة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء لا وجوبا
ولا استحبابا بخلاف الشراء لانه يجوز مع الشغل وكذا اذا رأى امرأة تزني فتزوجها حل له ان يطأها
قبل ان يستبرئها عندهما وقال محمد رح لا احب له ان يطأها ما لم يستبرئها والمعنى ما ذكرنا ونكاح
المتعة باطل وهو ان يقول لامرأة اتمتع بك كذا مدة بكذا من المال وقال مالك رح هو جائز
لانه كان مباحا فيبقى الى ان يظهر ناسخه قلنا ثبت النسخ باجماع الصحابة رضي الله
عنهم وابن عباس رضي الله عنهما صح رجوعه الى قولهم فتقرر الاجماع والنكاح الموقت
باطل مثل ان يتزوج امرأة بشهادة شاهدين عشرة ايام وقال زفر رح هو صحيح لازم لان النكاح
لا يبطل بالشروط الفاسدة ولنا انه اتى بمعنى المتعة والعبرة في العقود للمعاني ولا فرق
بين ما اذا طالت مدة التأقيت او قصرت لان التأقيت هو المعين لجهة المتعة وقد وجد ومن تزوج
امرأتين في عقدة واحدة احداهما لا يحل له نكاحها صح نكاح التي يحل نكاحها وبطل نكاح الاخرى
لان المبطل في احداهما بخلاف ما اذا جمع بين حر وعبد في البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة
وقبول العقد في الحر شرط فيه ثم جميع المسمى للتي تحل عند ابي حنيفة رح وعندهما يقسم على مهر مثليهما
وهي مسئلة الاصل ومن ادعت عليه امرأة انه تزوجها واقامت بينة فجعلها القاضي امرأته
ولم يكن تزوجها وسعها المقام معه وان تدعه يجامعها وهذا عند ابي حنيفة رح وهو قول
ابي يوسف رح اولا وفي قوله الآخر وهو قول محمد رح لا يسعه ان يطأها وهو قول الشافعي رح
لان القاضي اخطأ الحجة اذ الشهود كذبة فصار كما اذا ظهر انهم عبيد او كفار ولابي حنيفة رح ان
الشهود صدقة عنده وهو الحجة لتعذر الوقوف على حقيقة الصدق بخلاف الكفر والرق لان الوقوف
عليهما متيسر واذا ابتنى القضاء على الحجة وامكن تنفيذه باطنا بتقديم النكاح نفذ قطعا
للمنازعة بخلاف الاملاك المرسلة لان في الاسباب تزاحما فلا امكان

باب في الاولياء والاكفاء

وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها وان لم يعقد عليها ولي
بكرا كانت او ثيبا عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه لا ينعقد
الا بولي وعند محمد رح ينعقد موقوفا وقال مالك والشافعي رح لا ينعقد النكاح بعبارة النساء

اصلا لان النكاح يراد لمقاصده والتفويض اليهن مخل بها الا ان محمدا رح يقول يرتفع
الخلل باجازة الولي ووجه الجواز انها تصرفت في خالص حقها وهي من اهله لكونها عاقلة
مميزة ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار الازواج وانما يطالب الولي بالتزويج
كيلا تنسب الى الوقاحة ثم في ظاهر الرواية لا فرق بين الكفو وغير الكفو ولكن للولي الاعتراض
في غير الكفو وعن ابي حنيفة رح وابي يوسف رح انه لا يجوز في غير الكفو لان كم من واقع لا
يرفع ويروى رجوع محمد الى قولهما ولا يجوز للولي اجبار البكر البالغة على النكاح خلافا
للشافعي رح له الاعتبار بالصغيرة وهذا لانها جاهلة بامر النكاح لعدم التجربة ولهذا يقبض
الاب صداقها بغير امرها ولنا انها حرة مخاطبة فلا يكون للغير عليها ولاية والولاية على
الصغيرة لقصور عقلها وقد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار كالغلام وكالتصرف
في المال وانما يملك الاب قبض الصداق برضاها دلالة ولهذا لا يملك مع نهيها قال واذا
استاذنها فسكتت او ضحكت فهو اذن لقوله عم البكر تستامر في نفسها فان سكتت
فقد رضيت ولان جنبة الرضاء فيه راجحة لانها تستحيي عن اظهار الرغبة لا عن الرد والضحك
ادل على الرضاء من السكوت بخلاف ما اذا بكت لانه دليل السخط والكراهة وقيل اذا ضحكت
كالمستهزئة بما سمعت لا يكون رضا واذا بكت بلا صوت لم يكن ردا قال وان فعل هذا
غير ولي يعني استامر غير ولي او ولي غيره اولى منه لم يكن رضا حتى تتكلم به لان هذا السكوت لقلة
الالتفات الى كلامه فلم يقع دلالة على الرضاء ولو وقع فهو محتمل والاكتفاء بمثله للحاجة
ولا حاجة في حق غير الاولياء بخلاف ما اذا كان المستامر رسول الولي لانه قائم مقامه ويعتبر
في الاستيمار تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة لتظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه ولا تشترط تسمية المهر
هو الصحيح لان للنكاح صحة بدونه ولو زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا لان وجه الدلالة في السكوت
لا يختلف ثم المخبر ان كان فضوليا يشترط فيه العدد او العدالة عند ابي حنيفة رح خلافا لهما ولو كان رسولا
لا يشترط اجماعا وله نظائر ولو استاذن الثيب فلا بد من رضاها بالقول لقوله عم الثيب تشاور ولان
النطق لا يعد عيبا منها وقل الحياء بالممارسة فلا مانع من النطق في حقها واذا زالت بكارتها بوثبة
او حيضة او جراحة او تعنيس فهي في حكم الابكار لانها بكر حقيقة لان مصيبها اول مصيب لها ومنه
الباكورة والبكرة ولانها تستحيي لعدم الممارسة ولو زالت بكارتها بزنا فهي كذلك عند ابي حنيفة رح
وقال ابو يوسف ومحمد رح لا تكتفي بسكوتها لانها ثيب حقيقة لان مصيبها عائد اليها ومنه المثوبة

والمثابة

والمثابة والتثويب ولابي حنيفة رح ان الناس عرفوها بكرا فيعيبونها بالنطق فتمتنع عنه فيكتفى
بسكوتها كيلا تتعطل عليها مصالحها بخلاف ما اذا وطئت بشبهة او بنكاح فاسد لان الشرع
اظهره حيث علق به احكاما اما الزنا فقد ندب الى ستره حتى لو اشتهر حالها لا يكتفى بسكوتها واذا
قال الزوج بلغك النكاح فسكتت وقالت رددت فالقول قولها وقال زفر رح القول قوله لان السكوت
اصل والرد عارض فصار كالمشروط له الخيار اذا ادعى الرد بعد مضي المدة ونحن نقول انه يدعي
لزوم العقد وتملك البضع والمراة تدفعه فكانت منكرة كالمودع اذا ادعى رد الوديعة بخلاف مسئلة
الخيار لان اللزوم قد ظهر بمضي المدة وان اقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح لانه نور دعواه
بالحجة وان لم يكن له بينة فلا يمين عليها عند ابي حنيفة رح وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء الستة وستاتيك
في الدعوى ان شاء الله ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي بكرا كانت الصغيرة او ثيبا والولي
هو العصبة ومالك رح يخالفنا في غير الاب والشافعي رح في غير الاب والجد وفي الثيب الصغيرة ايضا
وجه قول مالك رح ان الولاية على الحرة باعتبار الحاجة ولا حاجة لانعدام الشهوة الا ان ولاية الاب
ثبتت نصا بخلاف القياس والجد ليس في معناه فلا يلحق به قلنا لا بل هو موافق للقياس لان النكاح
يتضمن المصالح ولا تتوفر الا بين المتكافئين عادة ولا يتفق الكفو في كل زمان فاثبتنا الولاية في
حالة الصغر احرازا للكفو وجه قول الشافعي رح ان النظر لا يتم بالتفويض الى غير الاب والجد لقصور شفقته
وبعد قرابته ولهذا لا يملك التصرف في المال مع انه ادنى رتبة فلان لا يملك في النفس وانه اعلى اولى
ولنا ان القرابة داعية الى النظر كما في الجد والاب وما فيه من القصور اظهرناه في سلب ولاية الالزام بخلاف
التصرف في المال لانه يتكرر فلا يمكن تدارك الخلل فلا تفيد الولاية الا ملزمة ومع القصور لا تثبت ولاية
الالزام وجه قوله في المسئلة الثانية ان الثيابة سبب لحدوث الراي لوجود الممارسة فادرنا الحكم
عليها تيسيرا ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة ووفور الشفقة ولا ممارسة تحدث الراي بدون الشهوة
فيدار الحكم على الصغر ثم الذي يؤيد كلامنا فيما تقدم قوله عم الانكاح الى العصبات من غير فصل والترتيب
في العصبات في ولاية الانكاح كالترتيب في الارث والابعد محجوب بالاقرب فان زوجهما
الاب والجد يعني الصغير والصغيرة فلا خيار لهما بعد بلوغهما لانهما كاملا الراي وافرا الشفقة فيلزم العقد
بمباشرتهما كما اذا باشراه برضاهما بعد البلوغ وان زوجهما غير الاب والجد فلكل واحد منهما الخيار
اذا بلغ ان شاء اقام على النكاح وان شاء فسخ وهذا عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا خيار
لهما اعتبارا بالاب والجد ولهما ان قرابة الاخ ناقصة والنقصان يشعر بقصور الشفقة فيتطرق الخلل الى المقاصد

عسى فيه التدارك بخيار الادراك واطلاق الجواب يتناول الاب والجد والقاضي وهو الصحيح من الرواية
لقصور الرأي في احدهما ونقصان الشفقة في الآخر فيتخير وشرط فيه القضاء بخلاف العتق لان الفسخ
ههنا لدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل ولهذا يشمل الذكر والانثى فجعل الزاما في حق الآخر فيفتقر الى القضاء
وخيار العتق لدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها ولهذا يختص بالانثى فاعتبر دفعا والدفع لا يفتقر
الى القضاء ثم عندهما اذا بلغت الصغيرة وقد علمت بالنكاح فسكتت فهو رضا وان لم تعلم بالنكاح
فلها الخيار حتى تعلم فتسكت شرط العلم باصل النكاح لانها لا تتمكن من التصرف الا به والولي ينفرد
به فعذرت ولم يشترط العلم بالخيار في حق الحرة لانها تتفرغ لمعرفة احكام الشرع والدار دار العلم
فلم تعذر بالجهل بخلاف المعتقة لان الامة لا تتفرغ لمعرفتها فتعذر بالجهل بثبوت الخيار ثم خيار البكر
يبطل بالسكوت ولا يبطل خيار الغلام ما لم يقل رضيت او يجيء منه ما يعلم انه رضا وكذلك
الجارية اذا دخل بها الزوج قبل البلوغ اعتبارا لهذه الحالة بحالة ابتداء النكاح وخيار
البلوغ في حق البكر لا يمتد الى آخر المجلس ولا يبطل بالقيام في حق الثيب والغلام لانه ما ثبت
باثبات الزوج بل لتوهم الخلل فانما يبطل بالرضا غير ان سكوت البكر رضا بخلاف المعتقة لانه
ثبت باثبات المولى وهو الاعتاق فيعتبر فيه المجلس كما في خيار المخيرة ثم الفرقة بخيار البلوغ ليس
بطلاق لانه يصح من الانثى ولا طلاق اليها وكذا بخيار العتق لما بينا بخلاف المخيرة لان الزوج هو
الذي ملكها وهو مالك للطلاق فان مات احدهما قبل البلوغ ورثه الآخر وكذا اذا مات بعد البلوغ
قبل التفريق لان اصل العقد صحيح والملك ثابت به وقد انتهى بالموت بخلاف مباشرة الفضولي
اذا مات احد الزوجين قبل الاجازة لان النكاح ثمة موقوف فيبطل بالموت وههنا نافذ فيتقرر
به قال ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون لانه لا ولاية لهم على انفسهم فاولى ان لا تثبت على غيرهم
ولان هذه الولاية نظرية ولا نظر في التفويض الى هؤلاء ولا ولاية لكافر على مسلم لقوله تعالى ولن يجعل الله
للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولا يتوارثان اما الكافر فتثبت
له ولاية الانكاح على ولده الكافر لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض ولهذا تقبل شهادته
عليه ويجري بينهما التوارث ولغير العصبات من الاقارب ولاية التزويج عند ابي حنيفة رحمه الله
معناه عند عدم العصبات وهذا استحسان وقال محمد رحمه الله لا تثبت وهو القياس وهو رواية
عن ابي حنيفة رحمه الله وقول ابي يوسف في ذلك مضطرب والاشهر انه مع محمد لهما ما روينا
ولان الولاية انما تثبت صونا للقرابة عن نسبة غير الكفؤ اليها والى العصبات الصيانة

ولابي حنيفة

ولابي حنيفة رحمه الله ان الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض الى من هو المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة
ومن لا ولي لها يعني العصبة من جهة القرابة اذا زوجها مولاها الذي اعتقها جاز لانه
آخر العصبات واذا عدم الاولياء فالولاية الى الامام والحاكم لقوله عليه السلام السلطان ولي من لا
ولي له واذا غاب الولي الاقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو ابعد منه ان يزوج وقال زفر رحمه الله
لا يجوز لان ولاية الاقرب قائمة لانها ثبتت حقا له صيانة للقرابة فلا تبطل
بغيبته ولهذا لو زوجها حيث هو جاز ولا ولاية للابعد مع ولايته ولنا ان هذه ولاية نظرية
وليس من النظر التفويض الى من لا ينتفع برأيه ففوضناه الى الابعد وهو مقدم على السلطان
كما اذا مات الاقرب ولو زوجها حيث هو فيه منع وبعد التسليم نقول للابعد بعد القرابة
وقرب التدبير وللاقرب عكسه فنزلا منزلة وليين متساويين فايهما عقد نفذ ولا يرد
والغيبة المنقطعة ان يكون في بلد لا تصل اليه القوافل في السنة الا مرة واحدة وهو
اختيار القدوري رحمه الله وقيل ادنى مدة السفر لانه لا نهاية لاقصاه وهو اختيار بعض المتأخرين
وقيل اذا كان بحال يفوت الكفؤ الخاطب باستطلاع رأيه وهذا اقرب الى الفقه لانه لا نظر
في ابقاء ولايته حينئذ واذا اجتمع في المجنونة ابوها وابنها فالولي في نكاحها ابنها في قول
ابي حنيفة وابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله ابوها لانه اوفر شفقة من الابن ولهما ان الابن هو
المقدم في العصوبة وهذه الولاية مبنية عليها ولا معتبر بزيادة الشفقة كاب الام مع بعض
العصبات فصل في الكفاءة الكفاءة في النكاح معتبرة قال عليه السلام الا لا يزوج النساء
الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء ولان انتظام المصالح بين المتكافئين عادة
لان الشريفة تأبى ان تكون مستفرشة للخسيس فلا بد من اعتبارها بخلاف جانبها لان الزوج
مستفرش فلا تغيظه دناءة الفراش واذا زوجت المرأة نفسها من غير كفؤ فللاولياء
ان يفرقوا بينهما دفعا لضرر العار عن انفسهم ثم الكفاءة تعتبر في النسب لانه يقع به التفاخر
فقريش بعضهم اكفاء لبعض والعرب بعضهم اكفاء لبعض والاصل فيه قوله عليه السلام قريش بعضهم اكفاء لبعض والعرب بعضهم اكفاء
لبعض قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم اكفاء لبعض رجل برجل ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش
لما روينا وعن محمد رحمه الله الا ان يكون نسبا مشهورا كاهل بيت الخلافة كانه قال تعظيما للخلافة
وتسكينا للفتنة وبنو باهلة ليسوا باكفاء لعامة العرب لانهم معروفون بالخساسة واما الموالي
فمن كان له ابوان في الاسلام فصاعدا فهو من الاكفاء لمن له آباء فيه ومن اسلم بنفسه

بطن ببطن

او له اب واحد في الاسلام لا يكون كفوا لمن له ابوان في الاسلام لان تمام النسب بالاب
والجد وابو يوسف الحق الواحد بالمثنى كما هو مذهبه في التعريف ومن اسلم بنفسه لا يكون كفوا
لمن له اب واحد في الاسلام لان التفاخر فيما بين الموالي بالاسلام والكفاءة في الحرية
نظيرها في الاسلام في جميع ما ذكرنا لان الرق اثر الكفر وفيه معنى الذل فيعتبر في حكم الكفاءة و
تعتبر ايضا في الدين اي في الديانة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رح هو الصحيح لانه من اعلى المفاخر
والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة النسب وقال محمد رح لا تعتبر لانه من امور
الآخرة فلا يبتنى احكام الدنيا عليه الا اذا كان يصفع ويسخر منه او يخرج الى الاسواق سكران
ويلعب به الصبيان لانه مستخف به وتعتبر في المال وهو ان يكون مالكا للمهر والنفقة وهذا
هو المعتبر في ظاهر الرواية حتى ان من لا يملكهما او لا يملك احدهما لا يكون كفوا لا يكون كفوا
لان المهر بدل البضع فلا بد من ايفائه وبالنفقة قوام الازدواج ودوامه والمراد بالمهر قدر
ما تعارفوا تعجيله لان ما وراءه مؤجل عرفا وعن ابي يوسف رح انه اعتبر القدرة على
النفقة دون المهر لانه تجري المساهلة في المهور ويعد المرء قادرا عليه بيسار ابيه فاما
الكفاءة في الغنى فمعتبرة في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى ان الفائقة في اليسار
لا يكافيها القادر على المهر والنفقة لان الناس يتفاخرون بالغنى ويتعيرون بالفقر
وقال ابو يوسف رح لا يعتبر لانه لا ثبات له اذ المال غاد ورائح وتعتبر في الصنائع
وهذا عند ابي يوسف ومحمد رح وعن ابي حنيفة رح في ذلك روايتان وعن ابي يوسف رح
انه لا تعتبر الا ان يفحش كالحجام والحائك والدباغ وجه الاعتبار ان الناس يتفاخرون
بشرف الحرف ويتعيرون بدناءتها وجه القول الآخر ان الحرفة ليست بلازمة ويمكن التحول
عن الخسيسة الى النفيسة منها قال واذا تزوجت ونقصت من مهر مثلها فللاولياء
الاعتراض عليها عند ابي حنيفة رح حتى يتم لها مهر مثلها او يفارقها وقالا ليس لهم ذلك
وهذا الوضع انما يصح على قول محمد رح على اعتبار قوله المرجوع اليه في النكاح بغير الولي وقد صح
ذلك وهذه شهادة صادقة عليه لهما ان ما زاد على العشرة حقها ومن اسقط حقه
لا يعترض عليه كما بعد التسمية ولابي حنيفة رح ان الاولياء يفتخرون بغلاء المهور ويتعيرون
بنقصانها فاشبه الكفاءة بخلاف الابراء بعد التسمية لانه لا يتعير به واذا زوج
الاب بنته الصغيرة ونقص من مهرها او ابنه الصغير وزاد في مهر امرأته جاز ذلك عليهما

ولا يجوز

ولا يجوز ذلك لغير الاب والجد وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز الحط والزيادة الا
بما يتغابن الناس فيه ومعنى هذا الكلام انه لا يجوز العقد عندهما لان الولاية مقيدة بشرط النظر
فعند فواته يبطل العقد وهذا لان الحط عن مهر المثل ليس من النظر في شيء كما في البيع ولهذا
لا يملك ذلك غيرهما ولابي حنيفة ان الحكم يدار على دليل النظر وهو قرب القرابة وفي النكاح مقاصد
تربو على المهر اما المالية فهي المقصودة في التصرف المالي والدليل عدمناه في حق غيرهما ومن
زوج ابنته وهي صغيرة عبدا او زوج ابنه وهو صغير امة فهو جائز قال رضي الله عنه وهذا عند
ابي حنيفة رح ايضا لان الاعراض عن الكفاءة لمصلحة تفوقها وعندهما هو ضرر ظاهر لعدم الكفاءة
فلا يجوز فصل في الوكالة في النكاح وغيرها ويجوز لابن العم ان يزوج بنت عمه من نفسه
وقال زفر رح لا يجوز واذا اذنت المرأة للرجل ان يزوجها من نفسه فعقد بحضرة شاهدين
جاز وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز لهما ان الواحد لا يتصور ان يكون مملكا ومتملكا كما في
البيع الا ان الشافعي رح يقول في الولي ضرورة لانه لا يتولاه سواه ولا ضرورة في الوكيل ولنا
ان الوكيل في النكاح معبر وسفير والتمانع في الحقوق دون التعبير ولا ترجع الحقوق اليه بخلاف
البيع لانه مباشر حتى رجعت الحقوق اليه واذا تولى طرفيه فقوله زوجت يتضمن الشطرين
ولا يحتاج الى القبول قال وتزويج العبد والامة بغير اذن المولى موقوف فان اجازه
المولى جاز وان رده بطل وكذلك لو زوج رجل امرأة بغير رضاها او رجلا بغير رضاه
وهذا عندنا فان كل عقد صدر من الفضولي وله مجيز انعقد موقوفا على الاجازة وقال الشافعي
تصرفات الفضولي كلها باطلة لان العقد وضع لحكمه والفضولي لا يقدر على اثبات الحكم فيلغو ولنا ان
ركن التصرف صدر من اهله مضافا الى محله ولا ضرر في انعقاده فينعقد موقوفا حتى اذا رأى المصلحة
فيه ينفذه وقد يتراخى حكم عن العقد ومن قال اشهدوا اني قد تزوجت فلانة فبلغها فاجازت
فهو باطل وان قال آخر اشهدوا اني زوجتها منه فبلغها الخبر فاجازت جاز وكذلك ان
كانت المرأة هي التي قالت جميع ذلك وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح اذا
زوجت نفسها غائبا فبلغه فاجاز جاز وحاصل هذا ان الواحد لا يصلح فضوليا من
الجانبين او فضوليا من جانب اصيلا من جانب عندهما خلافا له ولو جرى العقد بين الفضوليين
او بين الفضولي والاصيل جاز بالاجماع هو يقول لو كان مأمورا من الجانبين ينفذ فاذا كان فضوليا
يتوقف فصار كالخلع والطلاق والاعتاق على مال ولهما ان الموجود شطر العقد لانه شطر حالة الحضرة

كذا عند الغيبة وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع بخلاف المامور من الجانبين لانه ينتقل
كلامه الى العاقدين وما جرى بين الفضوليين عقد تام وكذا الخلع واخواته لانه تصرف يمين من جانبه
حتى يلزم فيتم به ومن امر رجلا ان يزوجه امراة فزوجه ثنتين في عقدة واحدة لم تلزمه واحدة
منهما لانه لا وجه الى تنفيذهما للمخالفة ولا الى التنفيذ في احديهما غير عين للجهالة ولا الى التعيين
لعدم الاولوية فتعين التفريق ومن امره امير بان يزوجه امراة فزوجه امة لغيره جاز عند ابي حنيفة رح رجوعا
الى اطلاق اللفظ وعدم التهمة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز الا ان يزوجه كفوا لان المطلق ينصرف الى المتعارف
وهو التزوج بالاكفاء قلنا العرف مشترك او عرف عملي فلا يصلح مقيدا وذكر في الوكالة ان اعتبار الكفاءة
في هذا استحسان عندهما لان كل واحد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوج فكانت الاستعانة في التزوج بالكفء

باب المهر قال ويصح النكاح وان لم يسم فيه مهرا لان النكاح عقد انضمام وازدواج لغة فيتم
بالزوجين ثم المهر واجب شرعا ابانة لشرف المحل فلا يحتاج الى ذكره لصحة النكاح وكذا اذا
تزوجها بشرط ان لا مهر لها لما بينا وفيه خلاف مالك رح واقل المهر عشرة دراهم وقال الشافعي
ما يجوز ان يكون ثمنا في البيع يجوز ان يكون مهرا لها لانه حقها فيكون التقدير اليها ولنا قوله عم لا مهر
اقل من عشرة ولانه حق الشرع وجوبا اظهارا لشرف المحل فيتقدر بما له خطر وهو العشرة استدلالا
بنصاب السرقة ولو سمى ما لا يصلح مهرا كالعدم ولنا ان فساد هذه التسمية لحق الشرع فقد صار مقضيا
بالعشرة فاما ما يرجع الى حقها فقد رضيت بالعشرة لرضاها بما دونها ولا معتبر بانعدام التسمية لانها
قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرما ولا ترضى فيه بالعوض اليسير ولو طلقها قبل الدخول بها تجب
خمسة عند الثلاثة وعنده تجب المتعة كما اذا لم يسم شيئا ومن سمى عشرة فما زاد فعليه المسمى
ان دخل بها او مات عنها لان بالدخول يتحقق تسليم المبدل وبه يتاكد البدل وبالموت
ينتهي النكاح نهايته والشيء بانتهائه يتقرر ويتاكد فيتقرر بجميع مواجبه فان طلقها قبل الدخول
والخلوة بها فلها نصف المسمى لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن الاية
والاقيسة متعارضة ففيه تفويت الزوج الملك على نفسه باختياره وفيه عود المعقود عليه اليها سالما
فكان المرجع فيه النص وشرط ان يكون قبل الخلوة لانها كالدخول عندنا على ما نبينه ان شاء الله
قال وان تزوجها ولم يسم لها مهرا او تزوجها على ان لا مهر لها فلها مهر مثلها ان دخل
بها او مات عنها وقال الشافعي رح لا يجب في الموت شيء واكثرهم على انه يجب في الدخول
له ان المهر خالص حقها فتتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من اسقاطه انتهاء ولكن المهر وجوبا

حق

حق الشرع على ما مر وانما يصير حقها في حالة البقاء فتملك الابراء دون النفي ولو طلقها قبل الدخول
بها فلها المتعة لقوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره الاية ثم هذه المتعة
واجبة رجوعا الى الامر وفيه خلاف مالك رح والمتعة ثلاثة اثواب من كسوة مثلها وهي درع
وخمار وملحفة وهذا التقدير مروي عن عائشة رضي الله عنها وابن عباس رضي الله عنهما وقوله
من كسوة مثلها اشارة الى انه يعتبر حالها وهو قول الكرخي رح في المتعة الواجبة لقيامها مقام مهر
المثل والصحيح انه يعتبر حاله عملا بالنص وهو قوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ثم هي لا تزاد
على نصف مهر مثلها ولا تنقص من خمسة دراهم ويعرف ذلك في الاصل فان تزوجها ولم يسم لها
مهرا ثم تراضيا على تسمية فهي لها ان دخل بها او مات عنها وان طلقها قبل الدخول فلها المتعة
وعلى قول ابي يوسف رح الاول نصف هذا المفروض وهو قول الشافعي رح لانه مفروض فيتنصف بالنص ولنا
ان هذا الفرض تعيين للواجب وان زادها في المهر بعد العقد لزمته الزيادة خلافا لزفر وسنذكره
في زيادة الثمن والمثمن ان شاء الله تعالى واذا صحت الزيادة تسقط بالطلاق قبل الدخول
وعلى قول ابي يوسف رح اولا تتنصف مع الاصل لان التنصيف عندهما يختص بالمفروض في
العقد وعنده المفروض بعد العقد على ما مر وان حطت عنه من مهرها صح الحط لان المهر في حالة
البقاء حقها والحط يلاقيه حالة البقاء واذا خلا الرجل بامراته وليس هناك مانع من الوطء
ثم طلقها فلها كمال المهر وقال الشافعي رح لها نصف المهر لان المعقود عليه انما يصير مستوفى بالوطء
فلا يتاكد المهر بدونه ولنا انها سلمت المبدل حيث رفعت الموانع وذلك وسعها فيتاكد
حقها في البدل اعتبارا بالبيع وان كان احدهما مريضا او صائما في رمضان او محرما بحج
فرض او نفل او بعمرة او كانت حائضا فليست الخلوة صحيحة حتى لو طلقها كان لها نصف المهر
لان هذه الاشياء موانع اما المرض فالمراد منه ما يمنع الجماع او يلحقه به ضرر وقيل مرضه لا يعرى
عن نوع تكسر وهذا التفصيل في مرضها وصوم رمضان لما يلزمه من القضاء والكفارة والاحرام
لما يلزمه من الدم وفساد النسك والقضاء والحيض مانع طبعا وشرعا وان كان احدهما صائما
تطوعا فلها المهر كله لانه يباح له الافطار من غير عذر في رواية المنتقى وهذا القول في المهر الصحيح وصوم
القضاء والمنذور كالتطوع في رواية لانه لا كفارة فيه والصلاة بمنزلة الصوم فرضها كفرضه ونفلها كنفله
واذا خلا المجبوب بامراته ثم طلقها فلها كمال المهر عند ابي حنيفة رح وقالا عليه نصف المهر لانه اعجز من المريض بخلاف
العنين لان الحكم ادير على سلامة الالة ولابي حنيفة رح ان المستحق عليها التسليم في حق السحق وقد اتت به

بالعقد وهو مهر المثل وذلك لا يتنصف فكذا ما نزل منزلته والمراد بما يعني الفرض في العقد او بعد الفرض المتعارف بعده صح

وعليها العدة في جميع هذه المسائل احتياطا استحسانا لتوهم الشغل والعدة حق الشرع والولد فلا يصدق
في ابطال حق الغير بخلاف المهر لانه مال لا يحتاط في ايجابه وذكر القدوري في شرحه ان المانع ان كان شرعيا
تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة وان كان حقيقيا كالمرض والصغر لا تجب لانعدام التمكن حقيقة قال
وتستحب المتعة لكل مطلقة الا لمطلقة واحدة وهي التي طلقها قبل الدخول وقد سمى لها مهرا وقال الشافعي
تجب لكل مطلقة الا لهذه لانها وجبت صلة من الزوج لانه اوحشها بالفراق الا ان في هذه الصورة
نصف المهر طريقة المتعة لان الطلاق فسخ في هذه الحالة فالمتعة لا تتكرر ولنا ان المتعة خلف عن مهر
في المفوضة لانه سقط مهر المثل ووجبت المتعة والعقد يوجب العوض فكان خلفا والخلف لا يجامع
مع الاصل ولا بشيء منه فلا تجب مع وجوب شيء من المهر وهو غير جان في الايحاش فلا تلحقه الغرامة
به فكان من باب الفضل واذا زوج الرجل بنته على ان يزوجه الزوج بنته او اخته ليكون احد
العقدين عوضا عن الآخر فالعقدان جائزان وقال الشافعي رح بطل العقد لانه جعل نصف البضع
صداقا والنصف منكوحة ولا اشتراك في هذا الباب فيبطل الايجاب ولنا انه سمى ما لا يصلح صداقا
فيصح العقد ويجب مهر المثل كما اذا سمى الخمر والخنزير ولا شركة بدون الاستحقاق وان تزوج حر امرأة
على خدمته سنة وان تزوج عبد باذن مولاه على خدمته سنة جاز ولها خدمته سنة وقال

او على تعليم القرآن فلها مهر مثلها وقال محمد رح لها قيمة خدمته سنة صح

الشافعي رح لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين لان ما يصح اخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهرا عنده
لان بذلك يتحقق المعاوضة فصار كما اذا تزوجها على خدمة حر آخر او على رعي الزوج غنمها ولنا
ان المشروع انما هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع على اصلنا وخدمة العبد ابتغاء
بالمال لتضمنه تسليم رقبته ولا كذلك الحر ولان خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح لما
فيه من قلب الموضوع بخلاف خدمة حر آخر برضاه لانه لا مناقضة وبخلاف خدمة العبد لانه يخدم مولاه
معنى حيث يخدمها باذنه وامره وبخلاف رعي الاغنام لانه من باب القيام بامور الزوجية فلا مناقضة
على انه ممنوع في رواية ثم على قول محمد رح يجب قيمة الخدمة لان المسمى مال الا انه عجز عن التسليم لمكان
المناقضة فصار كالتزوج على عبد الغير وعلى قول ابي حنيفة رح وابي يوسف رح يجب مهر المثل لان الخدمة
ليست بمال اذ لا تستحق فيه بحال فصار كتسمية الخمر والخنزير وهذا لان تقومه بالعقد للضرورة فاذا
لم يجب تسليمه في العقد لم يظهر تقومه فيبقى الحكم للاصل وهو مهر المثل قال فان تزوجها على الف وقبضتها
ووهبتها له ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بخمسمائة لانه لم يصل اليه بالهبة عين ما يستوجبه لان الدراهم
والدنانير لا تتعينان في العقود والفسوخ وكذا اذا كان المهر مكيلا او موزونا او شيئا آخر في الذمة لعدم

تعينها

تعينها فان لم تقبض الالف حتى وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه
بشيء وفي القياس يرجع عليها بنصف الصداق وهو قول زفر رح لانه سلم المهر له بالابراء فلا تبرأ
عما يستحقه بالطلاق قبل الدخول بها وجه الاستحسان انه وصل اليه عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول
وهو براءة ذمته عن نصف المهر ولا يبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود ولو قبضت خمسمائة
ثم وهبت الالف كلها المقبوض وغيره او وهبت الباقي ثم طلقها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء
عند ابي حنيفة رح وقالا يرجع بنصف ما قبضت اعتبارا للبعض بالكل ولان هبة البعض حط
فيلتحق باصل العقد ولابي حنيفة رح ان مقصود الزوج قد حصل وهو سلامة نصف الصداق بلا عوض
فلا يستوجب الرجوع عند الطلاق والحط لا يلتحق باصل العقد في النكاح الا يرى ان الزيادة
فيه لا تلتحق حتى لا تتنصف ولو كانت وهبت اقل من النصف وقبضت الباقي فعنده يرجع
عليها الى تمام النصف وعندهما بنصف المقبوض ولو كان تزوجها على عرض فقبضته او
لم تقبض فوهبت له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء وفي القياس وهو قول زفر
يرجع عليها بنصف قيمته لان الواجب فيه رد نصف عين المهر على ما مر تقريره وجه الاستحسان
ان حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها وقد وصل اليه ولهذا لم يكن لها
دفع شيء آخر مكانه بخلاف ما اذا كان المهر دينا وبخلاف ما اذا باعت من زوجها لانه وصل اليه ببدل
ولو تزوجها على حيوان او عروض في الذمة فكذلك الجواب لان المقبوض متعين في الرد وهذا لان الجهالة
قد تحملت في النكاح فاذا عين يصير كأن التسمية وقعت عليه قال فاذا تزوجها على الف على ان
لا يخرجها من البلدة او على ان لا يتزوج عليها اخرى فان وفى بالشرط فلها المسمى لانه صلح مهرا
وقد تم رضاها به وان تزوج عليها اخرى او اخرجها فلها مهر مثلها لانه سمى ما لها فيه نفع فعند
فواته ينعدم رضاها بالالف فيكمل مهر مثلها كما في تسمية الكرامة والهدية مع الالف قال وان
تزوجها على الف ان اقام بها وعلى الفين ان اخرجها فان اقام بها فلها الالف وان اخرجها فلها
مهر مثلها لا يزاد على الفين ولا ينقص عن الف وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا الشرطان جميعا جائزان
حتى كان لها الالف ان اقام بها والالفان ان اخرجها وقال زفر رح الشرطان جميعا فاسدان و
يكون لها مهر مثلها لا ينقص من الالف ولا يزاد على الفين ولا ينقص عن الف وهذا عند ابي حنيفة رح
واصل المسألة في الاجارات في قوله ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم وسنبينه
ان شاء الله تعالى ولو تزوجها على هذا العبد او على هذا العبد فان كان مهر مثلها اقل من اوكسهما فلها الاوكس

وان كان اكثر من ارفعهما فلها الارفع وان كان بينهما فلها مهر مثلها وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لها
الاوكس في ذلك كله فان طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الاوكس في ذلك كله بالاجماع لهما
ان المصير الى مهر المثل لتعذر ايجاب المسمى وقد امكن ايجاب الاوكس اذ الاقل متيقن وصار كالخلع
والاعتاق على مال ولابي حنيفة رح ان الموجب الاصلي مهر المثل اذ هو الاعدل والعدول عنه عند
صحة التسمية وقد فسدت لمكان الجهالة بخلاف الخلع والاعتاق على مال لانه لا موجب له في البدل
الا ان مهر المثل اذا كان اكثر من الارفع فالمرأة رضيت بالحط وان كان انقص من الاوكس فالزوج رضي
بالزيادة والواجب في الطلاق قبل الدخول بها في مثله المتعة ونصف الاوكس يزيد عليها في العادة
فوجب لاعترافه بالزيادة واذا تزوجها على حيوان غير موصوف صحت التسمية ولها الوسط منه
والزوج مخير ان شاء اعطاها ذلك وان شاء اعطاها قيمته قال رضي الله عنه معنى هذه المسئلة
انه سمى جنس الحيوان دون الوصف بان تزوجها على فرس او حمار اما اذا لم يسم الجنس بان تزوجها
على دابة لا تجوز التسمية ويجب مهر المثل وقال الشافعي رح يجب مهر المثل في الوجهين جميعا لان عنده
ما لا يصلح ثمنا في البيع لا يصلح مسمى في النكاح اذ كل واحد منهما معاوضة ولنا انه معاوضة مال بغير مال
فجعلناه التزام المال ابتداء حتى لا يفسد باصل الجهالة كالدية والاقارير وشرطنا ان يكون
المسمى مالا وسطه معلوم رعاية للجانبين وذلك عند اعلام الجنس لانه يشتمل على الجيد والردي و
الوسط ذو حظ منهما بخلاف جهالة الجنس لانه لا وسط له لاختلاف معاني الاجناس وبخلاف البيع لان مبناه
على المضايقة والمماكسة اما النكاح فمبناه على المسامحة وانما يتخير لان الوسط لا يعرف الا بالقيمة
فصارت اصلا في حق الايفاء والعبد اصل تسمية فيتخير بينهما قال وان تزوجها على ثوب غير موصوف
فلها مهر المثل ومعناه ذكر الثوب ولم يزد عليه ووجهه ان هذه جهالة الجنس اذ الثياب اجناس ولو سمى
جنسا بان قال هروي تصح التسمية ويخير الزوج لما بينا وكذا اذا بالغ في وصف الثوب في ظاهر الرواية
لانها ليست من ذوات الامثال وكذا اذا سمى مكيلا او موزونا وسمى جنسه دون صفته فان سمى جنسه
وصفته لا يخير لان الموصوف منهما يثبت دينا في الذمة ثبوتا صحيحا فان تزوج مسلم على خمر او خنزير فالنكاح
جائز ولها مهر مثلها لان شرط قبول الخمر شرط فاسد فيصح النكاح ويلغو الشرط بخلاف البيع لانه يبطل بالشروط
الفاسدة لكن لم تصح التسمية لان المسمى ليس بمال في حق المسلم فوجب مهر المثل فان تزوج امرأة على
هذا الدن من الخل فاذا هو خمر فلها مهر مثلها عند ابي حنيفة رح وقالا لها مثل وزنه خلا قال وان تزوجها
على هذا العبد فاذا هو حر يجب مهر المثل عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف تجب القيمة لانه

انه

تزوج على عبد وحر

انه اطمعها مالا وعجز عن تسليمه فيجب عليه قيمته او مثله ان كان من ذوات الامثال كما اذا هلك العبد المسمى قبل
التسليم وابو حنيفة رح يقول اجتمعت الاشارة والتسمية فتعتبر الاشارة لكونها ابلغ في المقصود وهو
التعريف فكانه تزوج على خمر او حر ومحمد رح يقول الاصل ان المسمى اذا كان من جنس المشار اليه يتعلق العقد
في المشار اليه ذاتا والوصف يتبعه وان كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى لان المسمى مثل المشار اليه
وليس بتابع له والتسمية ابلغ في التعريف من حيث انها تعرف الماهية والاشارة تعرف الذات الا ترى
ان من اشترى فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج لا ينعقد العقد لاختلاف الجنس ولو اشترى على انه
ياقوت احمر فاذا هو اخضر ينعقد العقد لاتحاد الجنس وفي مسئلتنا العبد مع الحر جنس واحد لقلة التفاوت
في المنافع والخمر مع الخل جنسان لفحش التفاوت في المقاصد فان تزوجها على هذين العبدين فاذا احدهما
حر فليس لها الا العبد الباقي اذا ساوى عشرة دراهم عند ابي حنيفة رح لانه مسمى ووجوب
المسمى وان قل يمنع وجوب مهر المثل وقال ابو يوسف رح لها العبد وقيمة الحر عبدا لانه اطمعها سلامة العبدين
وعجز عن تسليم احدهما فتجب قيمته وقال محمد رح وهو رواية عن ابي حنيفة رح لها العبد الباقي وتمام مهر مثلها ان
كان مهر مثلها اكثر من العبد لانهما لو كانا حرين يجب تمام مهر المثل عنده فاذا كان احدهما عبدا يجب العبد وتمام
مهر المثل واذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول فلا مهر لها لان المهر فيه لا يجب
بمجرد العقد لفساده وانما يجب باستيفاء منافع البضع وكذا بعد الخلوة لان الخلوة فيه لا يثبت بها التمكن
فلا تقام مقام الوطي فان دخل بها فلها مهر مثلها لا يزاد على المسمى عندنا خلافا لزفر رح هو يعتبره بالبيع
الفاسد ولنا ان المستوفى ليس بمال وانما يتقوم بالتسمية فاذا زادت على مهر المثل لم تجب الزيادة
لعدم صحة التسمية وان نقصت لم تجب الزيادة على المسمى لعدم التسمية بخلاف البيع لانه مال متقوم
في نفسه فيتقدر بدله بقيمته وعليها العدة الحاقا للشبهة بالحقيقة في موضع الاحتياط وتحرزا عن
اشتباه النسب ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لا من آخر الوطئات هو الصحيح لانها تجب باعتبار شبهة
النكاح ورفعها بالتفريق ويثبت نسب ولدها لان النسب يحتاط في اثباته احياء للولد فيترتب على
الثابت من وجه ويعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد رح وعليه الفتوى لان النكاح الفاسد
ليس بداع اليه والاقامة باعتباره قال ومهر مثلها يعتبر باخواتها وعماتها وبنات اعمامها
لقول ابن مسعود رضي الله عنه لها مهر مثل نسائها وهن اقارب الاب ولان الانسان من جنس قوم
ابيه وقيمة الشيء انما تعرف بالنظر الى قيمة جنسه ولا يعتبر بامها وخالتها اذا لم تكونا من قبيلتها لما
بينا فان كانت الام من قوم ابيها بان كانت بنت عمه فحينئذ يعتبر بمهرها لما انها من قوم ابيها ويعتبر

في مهر المثل ان تتساوى المراتان في السن والجمال والمال والعقل والدين والبلد والعصر لان
مهر المثل يختلف باختلاف هذه الاوصاف وكذا باختلاف الدار والعصر قالوا ويعتبر التساوي ايضا في البكارة
لانه يختلف بالبكارة والثيوبة واذا ضمن الولي المهر صح ضمانه لانه من اهل الالتزام وقد اضافه
الى ما يقبله فيصح ثم المراة بالخيار في مطالبة زوجها او وليها اعتبارا بسائر الكفالات ويرجع
الولي اذا ادى على الزوج ان كان بامره كما هو الرسم في الكفالة وكذا يصح هذا الضمان وان
كان الزوجة صغيرة بخلاف ما اذا باع الاب مال الصغير وضمن الثمن لان الولي سفير ومعبر في
النكاح وفي البيع عاقد ومباشر حتى ترجع العهدة عليه والحقوق اليه ويصح ابراؤه عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله ويملك قبضه بعد بلوغه فلو صح الضمان يصير ضامنا لنفسه وولاية قبض المهر
للاب بحكم الابوة لا باعتبار انه عاقد الا يرى انه لا يملك القبض بعد بلوغها فلا يصير ضامنا لنفسه
قال وللمراة ان تمنع نفسها حتى تاخذ المهر وتمنعه ان يخرجها اي يسافر بها ليتعين حقها في البدل
كما تعين حق الزوج في المبدل وصار كالبيع وليس للزوج ان يمنعها من السفر والخروج من منزله
وزيارة اهلها حتى يوفيها المهر كله اي المعجل لان حق الحبس لاستيفاء المستحق وليس له حق الاستيفاء
قبل الايفاء ولو كان المهر كله مؤجلا ليس لها ان تمنع نفسها لاسقاطها حقها بالتاجيل كما في البيع
وفيه خلاف ابي يوسف رح وان دخل بها فكذلك الجواب عند ابي حنيفة رح وقالا ليس لها ان تمنع نفسها
والخلاف فيما اذا كان الدخول برضاها حتى لو كانت مكرهة او صبية او مجنونة لا يسقط حقها في
الحبس بالاتفاق وعلى هذا الخلاف الخلوة برضاها ويبتنى على هذا استحقاق النفقة لهما ان المعقود عليه
كله قد صار مسلما اليه بالوطأة الواحدة وبالخلوة ولهذا يتاكد بها جميع المهر فلم يبق لها حق الحبس
كالبائع اذا سلم المبيع وله انها منعت منه ما قابل البدل لان كل وطأة تصرف في البضع المحترم فلا تخلى
عن العوض ابانة لخطره والتاكيد بالواحدة لجهالة ما وراءها فلا يصلح مزاحما للمعلوم ثم اذا وجد
آخر وصار معلوما تحققت المزاحمة وصار المهر مقابلا بالكل كالعبد اذا جنى جناية يدفع كله بها ثم اذا جنى اخرى
واخرى يدفع بجميعها واذا اوفاها مهرها نقلها حيث شاء لقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم وقيل
لا يخرجها الى بلد غير بلدها لان الغريب يؤذى وفي قرى المصر القريبة لا تتحقق الغربة قال ومن تزوج امراة
ثم اختلفا في المهر فالقول قول المراة الى مهر مثلها والقول قول الزوج فيما زاد على مهر المثل وان طلقها
قبل الدخول بها فالقول قوله في نصف المهر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح القول
قوله بعد الطلاق وقبله الا ان ياتي بشيء قليل ومعناه ما لا يتعارف مهرا لها هو الصحيح لابي يوسف رح

ان المراة

ان المراة تدعي الزيادة والزوج ينكر والقول قول المنكر مع يمينه الا ان ياتي بشيء يكذبه الظاهر
فيه وهذا لان تقوم منافع البضع ضروري فمتى امكن ايجاب شيء من المسمى لا يصار اليه ولهما ان
القول في الدعاوى قول من يشهد له الظاهر والظاهر شاهد لمن يشهد له مهر المثل لانه الموجب الاصلي
في باب النكاح وصار كالصباغ مع رب الثوب اذا اختلفا في مقدار الاجر يحكم قيمة الصبغ ثم ذكر ههنا
ان بعد الطلاق قبل الدخول القول قوله في نصف المهر وهذا رواية الجامع الصغير والاصل وذكر في الجامع الكبير
انه يحكم متعة مثلها وهو قياس قولهما لان المتعة موجبة بعد الطلاق كمهر المثل قبله فيحكم كهو ووجه التوفيق
انه وضع المسئلة في الاصل في الالف والالفين والمتعة لا تبلغ هذا المبلغ في العادة
فلا يفيد تحكيمها والمذكور في الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار فيحمل على ما هو المذكور في الاصل
وشرح قولهما فيما اذا اختلفا في حال قيام النكاح ان الزوج اذا ادعى الالف والمراة الالفين
فان كان مهر مثلها الفا او اقل فالقول قوله وان كان الفين او اكثر فالقول قولها وايهما اقام
البينة في الوجهين تقبل وان اقاما البينة في الوجه الاول تقبل بينتها لانها تثبت الزيادة وفي الوجه
الثاني بينته لانها تثبت الحط وان كان مثلها الفا وخمسمائة هذا تخريج الرازي وقال الكرخي
يتحالفان في الفصول الثلاثة ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك ولو كان الاختلاف في اصل المسمى يجب مهر
المثل بالاجماع لانه هو الاصل عنده وعندهما تعذر القضاء بالمسمى فيصار اليه ولو كان الاختلاف
بعد موت احدهما فالجواب فيه كالجواب في حياتهما لان اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت احدهما ولو كان الاختلاف
بعد موتهما في المقدار فالقول قول ورثة الزوج عند ابي حنيفة رح ولا يستثنى القليل وعند محمد رح
فيه كالجواب في حالة الحيوة وان كان في اصل المسمى فعند ابي حنيفة رح القول قول من انكره فالحاصل
انه لا يحكم لمهر المثل عنده بعد موتهما على ما نبينه من بعد ان شاء الله تعالى قال واذا مات الزوجان وقد سمى
لها مهرا فلورثتها ان ياخذوا ذلك من ميراث الزوج وان لم يكن سمى لها مهرا فلا شيء لورثتها
عند ابي حنيفة رح وقالا لورثتها المهر في الوجهين معناه المسمى في الوجه الاول ومهر المثل في الثاني
اما الاول فلان المسمى دين في ذمته وقد تاكد بالموت فيقضى من تركته الا اذا علم انها ماتت اولا
فيسقط نصيبه من ذلك واما الثاني فوجه قولهما ان مهر المثل صار دينا في ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت
كما اذا مات احدهما ولابي حنيفة رح ان موتهما يدل على انقراض اقرانهما فبمهر من يقدر القاضي مهر المثل
ومن بعث الى امراته شيئا فقالت هو هدية وقال الزوج هو من المهر فالقول قوله لانه هو المملك فكان اعرف
بجهة التمليك كيف وان الظاهر انه يسعى في اسقاط الواجب قال الا في الطعام الذي يؤكل فان القول قولها

ووضعها في الجامع الكبير في العشرة والمائة ومتعة مثلها عشرون فيفيد تحكيمها صح

والمراد منه ما يكون مهيأ للاكل لانه يتعارف هدية فاما الحنطة والشعير فالقول قوله لما بينا
وقيل ما يجب عليه من الخمار والدرع وغيره ليس له ان يحتسبه من المهر لان الظاهر يكذبه فصل واذا تزوج
النصراني نصرانية على ميتة او على غير مهر وذلك في دينهم جائز فدخل بها او طلقها قبل الدخول بها او مات
عنها فليس لها مهر وكذلك الحربيان في دار الحرب وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قولهما في الحربيين
واما في الذمية فلها مهر مثلها ان مات عنها او دخل بها والمتعة ان طلقها قبل الدخول بها وقال زفر
لها مهر المثل في الحربيين ايضا له ان الشرع ما شرع ابتغاء النكاح الا بالمال وهذا الشرع وقع عاما
فيثبت الحكم على العموم ولهما ان اهل الحرب غير ملتزمين احكام الاسلام وولاية الالزام منقطعة لتباين الدارين
بخلاف اهل الذمة لانهم التزموا احكامنا فيما يرجع الى المعاملات كالزنا والربا وولاية الالزام متحققة
لاتحاد الدار ولابي حنيفة رح ان اهل الذمة لا يلتزمون احكامنا في الديانات وفيما يعتقدون خلافه
في المعاملات وولاية الالزام بالسيف وبالمحاجة وكل ذلك منقطع عنهم باعتبار عقد الذمة فانا امرنا بان
نتركهم وما يدينون فصاروا كاهل الحرب بخلاف الزنا لانه حرام في الاديان كلها والربا مستثنى عن
عقودهم لقوله عليه السلام الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد وقوله في الكتاب او على غير مهر يحتمل نفي المهر ويحتمل
السكوت وقد قيل في الميتة والسكوت روايتان والاصح ان الكل على الخلاف فان تزوج الذمي الذمية على خمر او خنزير
ثم اسلما او اسلم احدهما فلها الخمر والخنزير ومعناه اذا كانا باعيانهما والاسلام قبل القبض وان كانا بغير اعيانهما
فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح لها مهر المثل في الوجهين وقال محمد رح
لها القيمة في الوجهين وجه قولهما ان القبض مؤكد للملك في المقبوض فيكون له شبه بالعقد فيمتنع بسبب الاسلام
كالعقد وصار كما اذا كانا بغير اعيانهما واذا التحقت حالة القبض بحالة العقد فابو يوسف رحمه الله يقول
لو كانا مسلمين وقت العقد يجب مهر المثل فكذا ههنا ومحمد رح يقول صحت التسمية لكون المسمى مالا عندهم
الا انه امتنع التسليم للاسلام فتجب القيمة كما اذا هلك العبد المسمى قبل القبض ولابي حنيفة رح ان الملك
في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه وبالقبض ينتقل من ضمان الزوج الى
ضمانها وذلك لا يمتنع بالاسلام كاسترداد الخمر المغصوبة وفي غير المعين القبض موجب ملك العين فيمتنع بالاسلام
بخلاف المشتري لان ملك التصرف انما يستفاد فيه بالقبض واذا تعذر القبض في غير المعين تجب
القيمة في الخنزير لانه من ذوات القيم فيكون اخذ قيمته كاخذ عينه ولا كذلك الخمر لانه من ذوات الامثال
الا يرى انه لو جاء بالقيمة قبل الاسلام تجبر على القبول في الخنزير دون الخمر ولو طلقها قبل الدخول بها
فمن اوجب مهر المثل اوجب المتعة ومن اوجب القيمة اوجب نصفها باب نكاح الرقيق لا يجوز نكاح

العبد

العبد والامة الا باذن مولاهما وقال مالك رح يجوز للعبد لانه يملك الطلاق فيملك النكاح ولنا قوله عليه السلام ايما
عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ولان في تنفيذ نكاحهما تعييبهما اذ النكاح عيب فيهما فلا يملكانه بدون
اذن مولاهما وكذلك المكاتب لان الكتابة اوجبت فك الحجر في حق الكسب فبقي في حق النكاح على حكم
الرق ولهذا لا يملك المكاتب تزويج عبده ويملك تزويج امته لانه من باب الاكتساب وكذا المكاتبة لا تملك تزويج نفسها
بدون اذن المولى وتملك تزويج امتها لما بينا وكذا المدبر وام الولد لان الملك فيهما قائم واذا تزوج العبد باذن
مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه لان هذا دين وجب في رقبة العبد لوجود سببه من اهله وقد ظهر في حق
المولى لصدور الاذن من جهته فيتعلق برقبته دفعا للمضرة عن اصحاب الديون كما في دين التجارة والمدبر والمكاتب
يسعيان في المهر ولا يباعان فيه لانهما لا يحتملان النقل من ملك الى ملك مع بقاء الكتابة والتدبير فيؤدى من
كسبهما لا من نفسهما واذا تزوج العبد بغير اذن مولاه فقال المولى طلقها او فارقها فليس هذا باجازة
لانه يحتمل الرد لان رد هذا العقد ومتاركته يسمى طلاقا ومفارقة وهو اليق بحال العبد المتمرد او هو ادنى
فكان الحمل عليه اولى وان قال طلقها تطليقة تملك الرجعة فهذا اجازة لان الطلاق الرجعي لا يكون
الا في نكاح صحيح فيتعين الاجازة ومن قال لعبده تزوج هذه الامة فتزوجها نكاحا فاسدا ودخل
بها فانه يباع في المهر عند ابي حنيفة رح وقالا يؤخذ منه اذا عتق واصله ان الاذن بالنكاح ينتظم الفاسد والجائز
عنده فيكون هذا المهر ظاهرا في حق المولى وعندهما ينصرف الى الجائز لا غير فلا يكون ظاهرا في حق المولى
فيؤخذ به بعد العتاق لهما ان المقصود من النكاح في المستقبل الاعفاف والتحصين وذلك بالجائز
ولهذا لو حلف لا يتزوج ينصرف الى الجائز بخلاف البيع لان بعض المقاصد حاصل وهو ملك
التصرفات وله ان اللفظ مطلق فيجري على اطلاقه كما في البيع وبعض المقاصد في النكاح
الفاسد حاصل كالنسب ووجوب المهر والعدة على اعتبار وجود الوطء ومسئلة اليمين ممنوعة
على هذه الطريقة ومن زوج عبدا ماذونا له امرأة فالمرأة اسوة للغرماء في مهرها ومعناه
اذا كان النكاح بمهر المثل ووجهه ان سبب ولاية المولى ملك الرقبة على ما نذكره و
النكاح لا يلاقي حق الغرماء بالابطال مقصودا الا انه اذا صح النكاح وجب الدين بسبب
لا مرد له فشابه دين الاستهلاك فصار كالمريض المديون اذا تزوج امرأة فبمهر
مثلها اسوة للغرماء ومن زوج امته فليس عليه ان يبوئها بيت الزوج لكنها تخدم المولى
ويقال للزوج متى ظفرت بها وطئتها لان حق المولى في الاستخدام باق والتبوئة ابطال له
فان بوأها معه بيتا فلها النفقة والسكنى والا فلا لان النفقة تقابل الاحتباس ولو بوأها

بيعا ثم بدا له ان يستخدمها له ذلك لان الحق باق لبقاء الملك فلا يسقط بالتبوئة كما لا يسقط
بالنكاح قال رضي الله عنه ذكر تزويج المولى عبده وامته ولم يذكر رضاهما وهذا يرجع الى
مذهبنا ان للمولى اجبارهما على النكاح وعند الشافعي رح لا اجبار في العبد وهو رواية
عن ابي حنيفة رح لان النكاح من خصائص الآدمية والعبد داخل تحت ملك المولى من حيث
انه مال فلا يملك انكاحه بخلاف الامة لانه مالك منافع بضعها فيملك تمليكها ولنا ان الانكاح
اصلاح ملكه لان فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك والنقصان فيملكه اعتبارا بالامة
بخلاف المكاتب والمكاتبة لانهما التحقا بالاحرار تصرفا فيشترط رضاهما ومن زوج امته ثم قتلها
قبل ان يدخل بها زوجها فلا مهر لها عند ابي حنيفة رح وقالا عليه المهر لمولاها اعتبارا بموتها
حتف انفها وهذا لان المقتول ميت باجله فصار كما اذا قتلها اجنبي وله انه منع المبدل
قبل التسليم فيجازى بمنع البدل كما اذا ارتدت الحرة والقتل في حق احكام الدنيا جعل
جعل اتلافا حتى وجب القصاص والدية فكذا في حق المهر خلافا لزفر رح وهو يعتبره بالردة
وبقتل المولى امته والجامع ما بينا ولنا ان جناية المرء على نفسه غير معتبرة في حق احكام الدنيا
فشابه موتها حتف انفها بخلاف قتل المولى امته لانه معتبر في حق احكام الدنيا حتى تجب الكفارة
عليه فاذا تزوج امة فالاذن في العزل الى المولى عند ابي حنيفة رح وعن ابي يوسف ومحمد رح
ان الاذن اليها لان الوطء حقها حتى تثبت لها المطالبة وفي العزل تنقيص حقها فيشترط
رضاها كما في الحرة بخلاف الامة المملوكة لانه لا مطالبة لها فلا يعتبر رضاها وجه ظاهر الرواية
ان العزل يخل بمقصود الولد وهو حق المولى فيعتبر رضاه وبهذا فارق الحرة قال وان تزوجت
باذن مولاها ثم اعتقت فلها الخيار حرا كان زوجها او عبدا لقوله عم لبريرة حين عتقت ملكت
بضعك فاختاري فالتعليل بملك البضع صدر مطلقا فينتظم الفصلين والشافعي رح يخالفنا
فيما اذا كان زوجها حرا وهو محجوج به ولانه يزداد الملك عليها عند العتق فيملك الزوج
بعده ثلاث تطليقات فتملك رفع اصل العقد دفعا للزيادة وكذا المكاتبة اذا تزوجت باذن
مولاها ثم اعتقت وقال زفر رح لا خيار لها لان العقد نفذ برضاها وكان المهر لها فلا معنى
لاثبات الخيار بخلاف الامة لانه لا يعتبر رضاها ولنا ان العلة ازدياد الملك وقد وجدناه
في المكاتبة لان عدتها قرءان وطلاقها ثنتان وان تزوجت امة بغير اذن مولاها ثم اعتقت
صح النكاح لانها من اهل العبارة وامتناع النفوذ لحق المولى وقد زال ولا خيار لها لان

بعد

بعد العتق فلا يتحقق زيادة الملك كما اذا زوجت نفسها بعد العتق وان كانت تزوجت
بغير اذنه على الف ومهر مثلها مائة فدخل بها زوجها ثم اعتقها مولاها فالنكاح جائز والمهر
للمولى لانه استوفى منافع مملوكة للمولى وان لم يدخل بها حتى اعتقها فالمهر لها لانه استوفى منافع
مملوكة لها والمراد بالمهر الالف المسمى لان نفاذ العقد بالعتق استند الى وقت وجود
العقد فصحت التسمية ووجب المسمى ولهذا لم يجب مهر آخر بالوطء في نكاح موقوف لان
العقد قد اتحد باستناد النفاذ فلا يوجب الا مهرا واحدا ومن وطى امة ابنه فولدت منه
فهي ام ولده وعليه قيمتها ولا مهر عليه ومعنى المسئلة ان يدعيه الاب ووجهه ان له تملك
مال ابنه للحاجة الى البقاء فله تملك جاريته للحاجة الى صيانة الماء غير ان الحاجة الى ابقاء
نسله دونها الى ابقاء نفسه فلهذا تتملك الجارية بالقيمة والطعام بغير القيمة ثم هذا الملك يثبت
قبيل الاستيلاد شرطا له اذ المصحح حقيقة الملك او حقه وكل ذلك غير ثابت للاب فيها حتى يحل له
وطؤها فلا بد من تقديمه فتبين ان الوطء يلاقي ملكه فلا يلزمه العقر وقال زفر والشافعي رح يجب
المهر لانهما يثبتان الملك حكما للاستيلاد كما في الجارية المشتركة وحكم الشيء يعقبه والمسئلة معروفة
ولو كان الاب زوجها اياه فولدت منه لم تصر ام ولد له ولا قيمة عليه وعليه المهر وولدها حر لانه صح
التزوج عندنا خلافا للشافعي رح لخلوها عن ملك الاب الا يرى ان الابن ملكها من كل وجه فمن المحال ان
يملكها الاب من وجه وكذا يملك من التصرفات ما لا يبقى معها ملك الاب لو كان فدل على انتفاء
ملكه الا انه يسقط الحد للشبهة واذا جاز النكاح صار ماؤه مصونا به فلم يثبت ملك اليمين
فلا تصير ام ولد له ولا قيمة عليه فيها ولا في ولدها لانه لم يملكها وعليه المهر لالتزامه بالنكاح وولدها
حر لانه ملكه اخوه فعتق عليه بالقرابة واذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه اعتقه عني
بالف ففعل فسد النكاح وقال زفر رح لا يفسد واصله انه يقع العتق عن الآمر عندنا حتى يكون
الولاء له ولو نوى به الكفارة يخرج عن عهدتها وعنده يقع عن المأمور لانه طلب ان يعتق المأمور
عبده عنه وهذا محال لانه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم فلم يصح الطلب فيقع العتق عن المأمور ولنا
انه امكن تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضاء اذ الملك شرط لصحة العتق عنه فيصير قوله اعتق
طلب التمليك منه بالالف ثم امره باعتاق عبد الآمر عنه وقوله اعتقت تمليكا منه ثم الاعتاق
عنه واذا ثبت الملك للآمر فسد النكاح للتنافي بين الملكين ولو قالت اعتقه عني ولم تسم
مالا لم يفسد النكاح والولاء للمعتق وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف هذا والاول

سواء لانه يقدم التمليك بغير عوض تصحيحا لتصرفه ويسقط اعتبار القبض كما اذا كان عليه كفارة ظهار
فامر غيره ان يطعم الطعام عنه ولهما ان الهبة من شرطها القبض بالنص فلا يمكن اسقاطه ولا
اثباته اقتضاء لانه فعل حسي بخلاف البيع لانه تصرف شرعي وفي تلك المسئلة الفقير ينوب عن الامر
في القبض اما العبد فلا يقع في يده شيء لينوب عنه

باب نكاح اهل الشرك

واذا تزوج الكافر بغير شهود او
في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم اسلما اقرا عليه وهذا عند ابي حنيفة رح وقال زفر رح النكاح فاسد
في الوجهين الا انه لا يتعرض لهم ان الخطابات عامة على ما مر من قبل فتلزمهم وانما لا يتعرض لهم لذمتهم
اعراضا لا تقريرا فاذا ترافعوا او اسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق ولهما ان حرمة نكاح المعتدة مجمع
عليها فكانوا ملتزمين لها وحرمة النكاح بغير الشهود مختلف فيه ولم يلتزموا احكامنا بجميع الاختلافات
ولابي حنيفة رح ان الحرمة لا يمكن اثباتها حقا للشرع لانهم لا يخاطبون بحقوقه ولا وجه الى ايجاب العدة
حقا للزوج لانه لا يعتقده بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم لانه يعتقده واذا صح النكاح فحالة المرافعة
والاسلام حالة البقاء والشهادة ليست شرطا فيها وكذا العدة لا تنافيها كالمنكوحة اذا وطئت
بشبهة فان تزوج المجوسي امه او ابنته ثم اسلما فرق بينهما لان نكاح المحارم له حكم البطلان
فيما بينهم عندهما كما ذكرنا في العدة ووجب التعرض بالاسلام فيفرق وعنده له حكم الصحة في الصحيح الا
ان المحرمية تنافي بقاء النكاح فيفرق بخلاف العدة لانها لا تنافيه ثم باسلام احدهما يفرق
بينهما وبمرافعة احدهما لا يفرق عنده خلافا لهما والفرق ان استحقاق احدهما لا يبطل بمرافعة
صاحبه اذ لا يتغير به اعتقاده واما اعتقاد المصر لا يعارض اسلام المسلم لان الاسلام يعلو
ولا يعلى ولو ترافعا فرق بالاجماع لان مرافعتهما كتحكيمهما ولا يجوز ان يتزوج المرتد مسلمة ولا
كافرة ولا مرتدة لانه مستحق القتل والامهال ضرورة التأمل والنكاح يشغله عنه فلا يشرع
في حقه وكذا المرتدة لا يتزوجها مسلم ولا كافر لانها محبوسة للتأمل وخدمة الزوج تشغلها عنه ولانه
لا ينتظم بينهما المصالح والنكاح ما شرع لعينه بل لمصالحه فان كان احد الزوجين مسلما فالولد
على دينه وكذلك ان اسلم احدهما وله ولد صغير صار ولده مسلما باسلامه لان في جعله تبعا له نظرا
له ولو كان احدهما كتابيا والآخر مجوسيا فالولد كتابي لان فيه نوع نظر له اذ المجوسية شر
والشافعي رح يخالفنا فيه للتعارض ونحن بينا الترجيح واذا اسلمت المرأة وزوجها كافر عرض
القاضي عليه الاسلام فان اسلم فهي امرأته وان ابى فرق بينهما وكان ذلك طلاقا عند
ابي حنيفة رح ومحمد رح وان اسلم الزوج وتحته مجوسية عرض عليها الاسلام فان اسلمت فهي

امرأته

لهم قبل الاسلام والمرافعة الى الحكام وهو قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله في الوجه الاول كما قال ابو حنيفة رحمه الله وفي الوجه الثاني كما قال زفر رح

فهي امرأته وان ابت فرق القاضي بينهما ولم تكن الفرقة طلاقا وقال ابو يوسف رح لا يكون طلاقا
في الوجهين اما العرض فمذهبنا وقال الشافعي رح لا يعرض الاسلام لان فيه تعرضا لهم
وقد ضمنا بعقد الذمة ان لا نتعرض لهم الا ان ملك النكاح قبل الدخول غير متأكد فينقطع بنفس
الاسلام وبعده متأكد فيتأجل الى انقضاء ثلاث حيض كما في الطلاق ولنا ان المقاصد
قد فاتت فلا بد من سبب يبنى عليه الفرقة والاسلام طاعة فلا يصلح سببا فيعرض الاسلام لتحصل
المقاصد بالاسلام او يثبت الفرقة بالاباء وجه قول ابي يوسف رح ان الفرقة بسبب يشترك فيه
الزوجان فلا يكون طلاقا كالفرقة بسبب الملك ولهما ان بالاباء امتنع عن الامساك بالمعروف
مع قدرته عليه بالاسلام فينوب القاضي منابه في التسريح بالاحسان كما في الجب والعنة اما المرأة
ليست باهل للطلاق فلا ينوب منابها عند ابائها ثم اذا فرق بينهما باباءها فلها المهر ان كان دخل
بها لتأكده بالدخول وان لم يكن دخل بها فلا مهر لها لان الفرقة من قبلها والمهر لم يتأكد
فاشبه الردة والمطاوعة واذا اسلمت المرأة في دار الحرب وزوجها كافر او اسلم الحربي
وتحته مجوسية لم تقع الفرقة عليها حتى تحيض ثلاث حيض ثم تبين من زوجها وهذا لان الاسلام ليس سببا
للفرقة والعرض على الاسلام متعذر لقصور الولاية ولا بد من الفرقة دفعا للفساد فاقمنا شرطها وهو مضي
الحيض مقام السبب كما في حفر البئر ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها والشافعي رح يفصل كما مر
في دار الاسلام واذا وقعت الفرقة والمرأة حربية فلا عدة عليها وان كانت هي المسلمة فكذلك
عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وسيأتيك ان شاء الله تعالى واذا اسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما
لانه يصح النكاح بينهما ابتداء فلان يبقى اولى واذا خرج احد الزوجين الينا من دار الحرب مسلما وقعت البينونة
بينهما وقال الشافعي رح لا تقع ولو سبي احد الزوجين وقعت البينونة وان سبيا معا لم تقع بينهما وقال
الشافعي رح تقع فالحاصل ان السبب هو التباين عندنا دون السبي وهو يقول بعكسه له ان التباين اثره في
انقطاع الولاية وذلك لا يؤثر في الفرقة كالحربي المستأمن والمسلم المستأمن اما السبي فيقتضي الصفاء
للسابي ولا يتحقق الا بانقطاع النكاح ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي ولنا ان مع التباين حقيقة
وحكما لا ينتظم المصالح فشابه المحرمية والسبي يوجب ملك الرقبة وهو لا ينافي النكاح ابتداء فكذلك
بقاء وصار كالشراء ثم هو يقتضي الصفاء في محل عمله وهو المال لا في محل النكاح وفي المستأمن
لم تتباين الدار حكما لقصده الرجوع واذا خرجت المرأة الينا مهاجرة جاز لها ان تتزوج ولا عدة عليها
عند ابي حنيفة رح وقالا عليها العدة لان الفرقة وقعت بعد الدخول في دار الاسلام فيلزمها حكم الاسلام

ولابي حنيفة رح انها اثر النكاح المتقدم وجبت اظهارا لخطره ولا خطر لملك الحربي ولهذا لا تجب على المسبية
وان كانت حاملا لم تتزوج حتى تضع حملها وعن ابي حنيفة رح انه يصح النكاح ولا يقربها زوجها حتى تضع
حملها كما في الحبلى عن الزنا وجه الاول انه ثابت النسب فاذا ظهر الفراش في حق النسب يظهر في حق المنع من النكاح
احتياطا واذا ارتد احد الزوجين عن الاسلام وقعت الفرقة بغير طلاق وهذا عند ابي حنيفة رح وابي يوسف
وقال محمد رح ان كانت الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق وهو يعتبر بالاباء والجامع ما بيناه وابو يوسف رح
مر على ما اصلنا له في الاباء وابو حنيفة رح فرق ووجهه ان الردة منافية للنكاح لكونها منافية للعصمة
والطلاق رافع فتعذر ان تجعل طلاقا بخلاف الاباء لانه يفوت الامساك بالمعروف فيجب التسريح بالاحسان
ولهذا يتوقف الفرقة بالاباء على القضاء ولا تتوقف على القضاء بالردة ثم ان كان الزوج هو المرتد
فلها كل المهر ان دخل بها ونصف المهر ان لم يدخل بها وان كانت هي المرتدة فلها كل المهر ان دخل بها وان
لم يدخل بها فلا نفقة ولا مهر لها لان الفرقة من قبلها واذا ارتدا معا ثم اسلما معا فهما على نكاحهما استحسانا وقال
زفر رح يبطل لان ردة احدهما منافية وفي ردتهما ردة احدهما ولنا ما روي ان بني حنيفة ارتدوا
ثم اسلموا ولم يامرهم الصحابة رضوان الله تعالى عليهم اجمعين بتجديد الانكحة والارتداد منهم واقع معا لجهالة
التاريخ ولو اسلم احدهما بعد الارتداد فسد النكاح بينهما لاصرار الاخر على الردة لانه مناف كابتدائها

باب القسم واذا كان للرجل امراتان حرتان فعليه ان يعدل بينهما في القسم بكرين كانتا او ثيبين
او احديهما بكرا والاخرى ثيبا لقول النبي عم من كانت له امراتان ومال الى احديهما في القسم جاء يوم
القيمة وشقه مائل وعن عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم يعدل في القسم بين نسائه وكان يقول
اللهم هذا قسمي فيما املك فلا تواخذني فيما لا املك يعني زيادة المحبة ولا فصل فيما رويناه والقديمة والجديدة
سواء لاطلاق ما رويناه ولان القسم من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهن في ذلك والاختيار في مقدار
الدور الى الزوج لان المستحق هو التسوية دون طريقه والتسوية المستحقة في البيتوتة لا في المجامعة لانها تبتني
على النشاط وان كانت احديهما حرة والاخرى امة فللحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث بذلك
ورد الاثر ولان حل الامة انقص من حل الحرة فلا بد من اظهار النقصان في الحقوق والمكاتبة
والمدبرة وام الولد بمنزلة الامة لان الرق فيهن قائم قال ولا حق لهن في القسم حالة السفر فيسافر الزوج
بمن شاء منهن والاولى ان يقرع بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها وقال الشافعي رح القرعة مستحقة
لما روي ان النبي عم كان اذا اراد السفر يقرع بين نسائه الا انا نقول ان القرعة لتطييب قلوبهن
فيكون من باب الاستحباب وهذا لانه لا حق للمراة عند مسافرة الزوج الا يرى ان له ان لا يستصحبها

واحدة

واحدة منهن فكذا له ان يسافر بواحدة ولا يحتسب عليه بتلك المدة وان رضيت احدى الزوجات
بترك قسمها لصاحبتها جاز لان سودة بنت زمعة رضي الله عنها سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم
ان يراجعها وتجعل يوم نوبتها لعائشة رضي الله عنها ولها ان ترجع في ذلك لانها اسقطت حقا لم يجب
بعد فلا يسقط **كتاب الرضاع** قليل الرضاع وكثيره اذا حصل في مدة الرضاع تعلق به التحريم وقال الشافعي
لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات لقوله عم لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الاملاجة ولا
الاملاجتان ولنا قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم الآية وقوله عم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب من غير فصل
ولان الحرمة وان كانت لشبهة البعضية الثابتة بنشوز العظم وانبات اللحم لكنه امر مبطن فتعلق
الحكم بفعل الارضاع وما رواه مردود بالكتاب او منسوخ به وينبغي ان يكون في مدة الرضاع على
ما بينا ثم مدة الرضاع ثلثون شهرا عند ابي حنيفة رح وقالا سنتان وهو قول الشافعي رح وقال
زفر رح ثلثة احوال لان الحول حسن للتحول من حال الى حال ولا بد من الزيادة على الحولين لما نبين فيقدر
به ولهما قوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا ومدة الحمل ادناها ستة اشهر فبقي للفصال حولان
وقال عم لا رضاع بعد حولين وله هذه الآية ووجهه انه تعالى ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل
واحد منهما بكمالها كالاجل المضروب للدينين الا انه قام المنقص في احدهما فبقي في الثاني على ظاهره ولانه
لا بد من تغيير الغذاء لينقطع الانبات باللبن وذلك بزيادة مدة يتعود الصبي فيها غيره فقدرت بادنى مدة
الحمل لانها مغيرة فان غذاء الجنين يغاير غذاء الرضيع كما يغاير الفطيم والحديث محمول على مدة الاستحقاق
وعليه يحمل النص المقيد بحولين في الكتاب قال واذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم
لقوله عم لا رضاع بعد الفصال ولان الحرمة باعتبار النشو وذلك في المدة اذ الكبير لا يتربى به
ولا يعتبر الفطام قبل المدة الا في رواية عن ابي حنيفة رح اذا استغنى عنه ووجهه انقطاع النشو بتغير
الغذاء وهل يباح الارضاع بعد المدة قد قيل لا يباح لان اباحته ضرورية لكونه جزء الآدمي
قال ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب لانها تكون امه او موطوءة ابيه ويجوز تزوج اخت ابنه من
الرضاع ولا يجوز ذلك من النسب لانه لما وطئ امه حرمت عليه ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع
وامراة ابيه او امراة ابنه من الرضاع لا يجوز ان يتزوجها كما لا يجوز ان يتزوج
ذلك من النسب لما روينا وذكر الاصلاب في النص لاسقاط اعتبار التبني على ما بيناه ولبن الفحل
يتعلق به التحريم وهو ان ترضع المراة صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها وعلى ابائه وابنائه ويصير الزوج
الذي نزل لها منه اللبن ابا للمرضعة وفي احد قولي الشافعي رح لبن الفحل لا يحرم لان الحرمة لشبهة البعضية

للحديث الذي رويناه الا ام اخته من الرضاع فانه يجوز ان يتزوجها ولا يجوز ان يتزوج ام اخته من النسب صح

واللبن بعضها لا بعضه ولنا ما رويناه والحرمة بالنسب من الجانبين فكذا بالرضاع وقال عليه السلام لعا
ئشة رضي الله عنها ليلج عليك افلح فانه عمك من الرضاعة ولانه سبب لنزول اللبن منها فيضاف اليه في موضع
الحرمة احتياطا ويجوز ان يتزوج الرجل باخت اخيه من الرضاع لانه يجوز ان يتزوج باخت اخيه من
النسب وذلك مثل الاخ من الاب اذا كانت له اخت من امه جاز لاخيه من ابيه ان يتزوجها وكل
صبيين اجتمعا على ثدي واحدة لم يجز لاحدهما ان يتزوج بالاخرى هذا هو الاصل لان امهما واحدة
فهما اخ واخت ولا تتزوج المرضعة احدا من الولد التي ارضعت لانه اخوها ولا ولد ولدها لانه ولد اخيها
ولا يتزوج الصبي المرضع اخت زوج المرضعة لانها عمته من الرضاعة قال واذا اختلط اللبن بالماء
واللبن هو الغالب تعلق به التحريم وان غلب الماء لم يتعلق به التحريم خلافا للشافعي رح هو يقول انه موجود
فيه حقيقة ونحن نقول المغلوب غير موجود حكما حتى لا يظهر في مقابلة الغالب كما في اليمين وان
اختلط بالطعام لم يتعلق به التحريم وان كان اللبن غالبا عند ابي حنيفة رح وقالا اذا كان
اللبن غالبا يتعلق به التحريم قال رضي الله عنه قولهما فيما اذا لم تمسه النار حتى لو طبخ بها لا يتعلق
به التحريم في قولهم جميعا لهما ان العبرة للغالب كما في الماء اذا لم يغيره شيء عن حاله ولابي حنيفة
ان الطعام اصل واللبن تابع له في حق المقصود فصار كالمغلوب ولا يعتبر بتقاطر
اللبن من الطعام عنده هو الصحيح لان التغذي بالطعام اذ هو الاصل وان خلط بالدواء
واللبن غالب تعلق به التحريم لان اللبن يبقى مقصودا فيه اذ الدواء لتقويته على الوصول
واذا اختلط اللبن بلبن الشاة وهو الغالب تعلق به التحريم وان غلب لبن الشاة لم يتعلق
به التحريم اعتبارا للغالب كما في الماء واذا اختلط لبن امرأتين تعلق التحريم باغلبهما عند
ابي يوسف رح لان الكل صار شيئا واحدا فيجعل الاقل تابعا للاكثر في بناء الحكم عليه وقال
محمد وزفر رحمهما الله يتعلق بهما لان الجنس لا يغلب الجنس فان الشيء لا يصير مستهلكا في جنسه لاتحاد
المقصود وعن ابي حنيفة رح روايتان واصل المسئلة في الايمان واذا نزل للبكر لبن
فارضعت صبيا تعلق به التحريم لاطلاق النص ولانه سبب النشو فيثبت به شبهة البعضية
فاذا حلب لبن المرأة بعد موتها فاوجر الصبي تعلق به التحريم خلافا للشافعي رح هو
يقول الاصل في ثبوت الحرمة انما هو المرأة ثم يتعدى الى غيرها بواسطتها وبالموت لم تبق
محلا لها ولهذا لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة ولنا ان السبب هو شبهة الجزئية وذلك
في اللبن لمعنى الانشاز والانبات وهو قائم باللبن وهذه الحرمة تظهر في الميتة دفنا

وتيمما

وتيمما اما الجزئية في الوطء لكونه ملاقيا لمحل الحرث وقد زال بالموت فافترقا واذا احتقن
الصبي باللبن لم يتعلق به التحريم وعن محمد رح انه يثبت به الحرمة كما تفسد به الصوم ووجه الفرق
على الظاهر ان المفسد في الصوم اصلاح البدن ويوجد ذلك في الدواء واما المحرم في الرضاع
معنى النشو ولا يوجد في الاحتقان لان المغذي وصوله من الاعلى واذا نزل للرجل لبن فارضع
صبيا لم يتعلق به التحريم لانه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به النشو والنمو وهذا لان اللبن
انما يتصور ممن يتصور منه الولادة واذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم لانه
لا جزئية بين الآدمي والبهائم والحرمة باعتبارها واذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فارضعت
الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج لانه يصير جامعا بين البنت والام رضاعا وذلك
حرام كالجمع بينهما نسبا ثم ان لم يدخل الكبيرة فلا مهر لها لان الفرقة وقعت من قبلها قبل
الدخول بها وللصغيرة نصف المهر لان الفرقة وقعت لا من جهتها والارتضاع وان
كان فعلا منها لكن فعلها غير معتبر في اسقاط حقها كما اذا قتلت مورثها ويرجع به الزوج
على الكبيرة ان كانت تعمدت الفساد وان لم تتعمد فلا شيء عليها وان علمت بان الصغيرة
امرأته وعن محمد رح انه يرجع في الوجهين والصحيح ظاهر الرواية لانها وان اكدت
ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر وذلك يجري مجرى الاتلاف لكنها مسببة فيه
اما لان الارضاع ليس بافساد للنكاح وضعا وانما يثبت ذلك باتفاق الحال او لان افساد
النكاح ليس بسبب لالزام المهر بل هو سبب لسقوطه الا ان نصف المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف
لكن من شرط ابطال النكاح واذا كانت مسببة يشترط فيه التعدي كحفر البئر ثم انما تكون متعدية
اذا علمت بالنكاح وقصدت بالارضاع الفساد اما اذا لم تعلم بالنكاح او علمت بالنكاح
ولكنها قصدت دفع الجوع والهلاك عن الصغيرة دون الفساد لا تكون متعدية لانها مأمورة بذلك
فلو علمت بالنكاح ولم تعلم بالفساد لا تكون متعدية وهذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد
لا لدفع الحكم ولا تقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات وانما يثبت بشهادة رجلين او رجل
وامرأتين وقال مالك تثبت بشهادة امرأة واحدة اذا كانت موصوفة بالعدالة لان
الحرمة حق من حقوق الشرع فتثبت بخبر المرأة الواحدة كمن اشترى لحما فاخبره واحد انه ذبيحة المجوسي
ولنا ان ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال الملك في باب النكاح وزوال الملك لا يثبت الا
بشهادة رجلين بخلاف اللحم لان حرمة التناول تنفك عن زوال الملك فاعتبر امرا دينيا والله اعلم

كتاب الطلاق باب طلاق السنة قال رضي الله عنه الطلاق على ثلثة اوجه حسن واحسن
وبدعي فالاحسن ان يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه ويتركها حتى تنقضي
عدتها لان الصحابة رضوان الله تعالى عليهم اجمعين كانوا يستحبون ان لا يزيدوا في الطلاق على واحدة
حتى تنقضي العدة وان هذا افضل عندهم من ان يطلق الرجل ثلثا عند كل طهر واحدة ولانه ابعد
من الندامة واقل ضررا بالمرأة ولا خلاف لاحد في الكراهة والحسن هو طلاق السنة وهو ان يطلق
ثلثا عند كل طهر واحدة الرجل المدخول بها ثلثا في ثلثة اطهار وقال مالك رح انه بدعة ولا يباح
الا واحدة لان الاصل في الطلاق هو الحظر والاباحة لحاجة الخلاص وقد اندفعت بالواحدة
ولنا قوله عليه السلام في حديث ابن عمر رضي الله عنهما ان من السنة ان تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها
لكل طهر تطليقة ولان الحكم يدار على دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة
وهو الطهر فالحاجة كالمتكررة نظرا الى دليلها ثم قيل الاولى ان يؤخر الايقاع الى آخر الطهر احترازا
عن تطويل العدة والاظهر انه يطلقها كما طهرت لانه لو اخر ربما يجامعها ومن قصده التطليق
فيبتلى بالايقاع عقيب الوقاع وطلاق البدعة ان يطلقها ثلثا بكلمة واحدة او ثلثا في طهر واحد
فاذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصيا وقال الشافعي رح كل طلاق مباح لانه تصرف
مشروع حتى يستفاد به الحكم والمشروعية لا تجامع الحظر بخلاف الطلاق في حالة الحيض لان المحرم
تطويل العدة عليها لا الطلاق ولنا ان الاصل في الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي
تعلقت به المصالح الدينية والدنياوية والاباحة للحاجة الى الخلاص ولا حاجة الى الجمع بين الثلث
وهي في المفرق على الاطهار ثابتة نظرا الى دليلها والحاجة في نفسها باقية فامكن تصوير الدليل عليها
والمشروعية في ذاته من حيث انه ازالة الرق لا تنافي الحظر لمعنى في غيره وهو ما ذكرناه وكذا الايقاع
الثنتين في طهر الواحد بدعة لما قلنا واختلفت الرواية في الواحدة البائنة قال في الاصل
انه اخطأ السنة لانه لا حاجة الى اثبات صفة زائدة في الخلاص وهو البينونة وفي الزيادات
انه لا يكره للحاجة الى الخلاص ناجزا والسنة في الطلاق من وجهين سنة في الوقت وسنة في
العدد فالسنة في العدد يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها وقد ذكرناها والسنة
تثبت في حق المدخول بها خاصة وهو ان يطلقها في طهر لم يجامعها فيه لان المراعى دليل الحاجة
وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع اما زمان الحيض
فزمان النفرة وبالجماع مرة في الطهر تفتر الرغبة وغير المدخول بها تتجدد بالطهر واذا

كاتبه

واذا كانت المرأة لا تحيض من صغر او كبر فاراد ان يطلقها للسنة ثلثا طلقها واحدة فاذا مضى
شهر طلقها اخرى فاذا مضى شهر طلقها اخرى لان الشهر في حقها قائم مقام الحيض قال الله تعالى
واللائي يئسن من المحيض من نسائكم الى قوله واللائي لم يحضن والاقامة في حق الحيض خاصة
حتى يقدر الاستبراء في حقها بالشهر وهو بالحيض لا بالطهر ثم ان كان الطلاق في اول الشهر
يعتبر الشهور بالاهلة وان كان في وسطه فبالايام في حق التفريق وفي حق العدة كذلك عند ابي حنيفة
وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطان بالاهلة وهي مسئلة الاجارات قال ويجوز
ان يطلقها ولا يفصل بين وطئها وبين طلاقها بزمان وقال زفر رح يفصل بينهما بشهر
لقيامه مقام الحيض ولان بالجماع تفتر الرغبة وانما تتجدد بزمان ولنا انه لا يتوهم الحبل فيها والكراهة
في ذوات الحيض باعتبار لان عند ذلك يشتبه وجه العدة والرغبة وان كانت تفتر من الوجه الذي
ذكره تكثر من وجه آخر لانه يرغب في وطئ غير معلق فرارا عن مؤن الولد فكان الزمان زمان رغبة
وصار كزمان الحبل وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع لانه لا يؤدي الى اشتباه وجه العدة وزمان
الحبل زمان الرغبة في الوطئ لكونه غير معلق او فيها لمكان ولده منها فلا تقل الرغبة بالجماع
ثلثا يفصل بين تطليقتين بشهر عند ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف وقال محمد وزفر رح
لا يطلقها للسنة الا واحدة لان الاصل في الطلاق الحظر وقد ورد الشرع بالتفريق
على فصول العدة والشهر في حق الحامل ليس من فصول العدة فصار كالممتد طهرها ولهما
ان الاباحة بعلة الحاجة والشهر دليلها كما في حق الآيسة والصغيرة وهذا لانه
زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة فيصلح علما ودليلا بخلاف الممتد طهرها لان
العلم في حقها الطهر وهو مرجو فيها في كل زمان ولا يرجى مع الحبل واذا طلق الرجل امرأته
في حالة الحيض وقع الطلاق عليها لان النهي عنه لمعنى في غيره وهو ما ذكرنا فلا ينعدم
مشروعيته ويستحب له ان يراجعها لقوله صلى الله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه مر ابنك
فليراجعها وقد طلقها في حالة الحيض وهذا يفيد الوقوع والحث على الرجعة ثم الاستحباب
قول بعض المشايخ والاصح انه واجب عملا بحقيقة الامر ودفعا للمعصية بالقدر الممكن برفع اثره
وهو العدة ودفعا لضرر تطويل العدة قال واذا طهرت وحاضت ثم طهرت فان شاء
طلقها وان شاء امسكها قال رضي الله عنه وهكذا ذكر في الاصل وذكر الطحاوي رحمه الله
انه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة قال ابو الحسن هو ما ذكره الطحاوي قول ابي حنيفة رحمه الله

وما ذكر في الاصل قولهما ووجه المذكور في الاصل ان السنة ان يفصل بين كل طلاقين بحيض
والفصل بينهما بعض الحيضة ولا تتجزى فتكامل ووجه القول الآخر ان اثر الطلاق قد
انعدم بالمراجعة فصار كانه لم يطلقها في الحيض فيسن تطليقها في الطهر الذي يليه ومن قال
لامرأته وهي من ذوات الحيض وقد دخل بها انت طالق ثلثا للسنة ولا نية له فهي طالق
عند كل طهر تطليقة لان اللام فيه للوقت ووقت السنة طهر لا جماع فيه وان نوى
ان تقع الثلث الساعة او عند راس كل شهر واحدة فهو على ما نوى سواء كانت في حالة الحيض
او في حالة الطهر وقال زفر لا تصح نية الجمع لانه بدعة وهي ضد السنة ولنا انه محتمل لفظه
لانه سني وقوعا من ان وقوعه بالسنة لا ايقاعا ولم يتناوله مطلق كلامه وينتظم عند
نيته وان كانت آيسة او من ذوات الاشهر وقعت الساعة واحدة وبعد شهر
اخرى وبعد شهر اخرى لان الشهر في حقها دليل الحاجة كالطهر في حق ذوات الاقراء
على ما بينا وان نوى ان تقع الثلاث الساعة وقعن عندنا لما قلنا بخلاف ما اذا
انت طالق للسنة ولم ينص على الثلاث حيث لا تصح نية الجملة فيه لان نية
الثلث انما صحت فيه من حيث ان اللام للوقت فتفيد عموم الوقت ومن ضرورته
تعميم الواقع فيه فاذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت فلا تصح نية الثلاث فصل
ويقع طلاق كل زوج اذا كان عاقلا بالغا فلا يقع طلاق الصبي والمجنون والنائم
لقوله عليه الصلوة كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمجنون ولان الاهلية بالعقل
المميز وهما عديما العقل والنائم عديم الاختيار وطلاق المكره واقع خلافا للشافعي رح
هو يقول الاكراه لا يجامع الاختيار وبه يعتبر التصرف الشرعي بخلاف الهازل لانه
مختار في التكلم بالطلاق ولنا انه قصد ايقاع الطلاق في منكوحته في حال اهليته فلا يعرى
عن قضيته دفعا لحاجته اعتبارا بالطائع وهذا لانه عرف الشرين واختار اهونهما
وهذا آية القصد والاختيار الا انه غير راض بحكمه وذلك غير مخل به كالهازل وطلاق
السكران واقع واختيار الكرخي والطحاوي انه لا يقع وهو احد قولي الشافعي رح
لانه غير قاصد لان صحة القصد بالعقل وقد زال فصار كما لو زال بالبنج او بالدواء
ولنا انه زال بسبب هو معصية فجعل باقيا حكما زجرا له حتى لو شرب فصدع وزال
عقله بالصداع نقول انه لا يقع طلاقه وطلاق الاخرس واقع بالاشارة لانها

صارت

صارت معهودة فاقيمت مقام العبارة دفعا للحاجة وستاتيك وجوهه في آخر الكتاب
ان شاء الله تعالى وطلاق الامة ثنتان حرا كان زوجها او عبدا وطلاق الحرة
ثلاث حرا كان زوجها او عبدا وقال الشافعي رح عدد الطلاق معتبر بحال الرجال
لقوله عليه الصلوة والسلام الطلاق بالرجال والعدة بالنساء ولان صفة
المالكية كرامة والآدمية في الحر اكمل فكانت مالكيته ابلغ واكثر ولنا قوله عليه السلام
طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان ولان حل المحلية نعمة في حقها وللرق اثر في تنصيف
النعم الا ان العقدة لا تتجزى فتكاملت عقدتين وتاويل ما روي ان الايقاع بالرجال
واذا تزوج العبد امرأة حرة ثم طلق وقع طلاقه ولا يقع طلاق مولاه على امرأته لان ملك النكاح
حق العبد فيكون الاسقاط اليه دون المولى باب ايقاع الطلاق الطلاق على ضربين صريح
وكناية فالصريح قوله انت طالق ومطلقة وطلقتك فهذا يقع به الطلاق الرجعي لان هذه
الالفاظ تستعمل في الطلاق ولا تستعمل في غيره فكان صريحا وانه يعقب الرجعة بالنص ولا يفتقر
الى النية لانه صريح فيه لغلبة الاستعمال وكذا اذا نوى الابانة لانه قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء
العدة فيرد عليه ولو نوى الطلاق عن وثاق لم يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر ويدين
فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله ولو نوى به الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء ولا فيما بينه
وبين الله تعالى لان الطلاق لرفع القيد وهو غير مقيد بالعمل وعن ابي حنيفة رح انه يدين
فيما بينه وبين الله تعالى لانه يستعمل للتخليص ولو قال انت مطلقة بتسكين الطاء
لا يكون طلاقا الا بالنية لانها غير مستعملة فيه عرفا فلم يكن صريحا ولا يقع به الا واحدة وان
نوى اكثر من ذلك وقال الشافعي رح يقع ما نوى لانه محتمل لفظه فان ذكر الطالق ذكر للطلاق
لغة كذكر العالم ذكر للعلم ولهذا يصح قران العدد به فيكون نصبا على التفسير ولنا انه نعت فرد
حتى قيل للمثنى طالقان وللثلاث طوالق فلا يحتمل العدد لانه ضده وذكر الطالق ذكر
للطلاق هو صفة للمرأة لا لطلاق هو تطليق والعدد الذي يقرن به نعت لمصدر محذوف
معناه طلاقا ثلاثا كقولك اعطيته جزيلا اي عطاء جزيلا واذا قال انت الطلاق او انت طالق
الطلاق او انت طالق طلاقا فان لم تكن له نية او نوى واحدة او ثنتين فهي واحدة
رجعية وان نوى ثلاثا فثلاث ووقوع الطلاق باللفظة الثانية والثالثة ظاهرة لانه
لو ذكر النعت وحده يقع به الطلاق فاذا ذكره وذكر المصدر وانه يزيده وكادة اولى اما

ووقوعه باللفظة الاولى لان المصدر يذكر ويراد به الاسم يقال رجل عدل اي عادل والثالثة
ظاهرة لانه ذكر النعت وحده تقع به الطلاق فاذا ذكره وذكر المصدر معه اي عادل فصار
بمنزلة قوله انت طالق وعلى هذا لو قال انت طالق يقع به الطلاق ايضا ولا يحتاج
فيه الى النية ويكون رجعيا لما بينا انه صريح الطلاق لغلبة الاستعمال فيه ويصح نية الثلاث
لان المصدر يحتمل العموم والكثرة لانه اسم جنس فيعتبر بسائر اسماء الاجناس فيتناول الادنى
مع احتمال الكل ولا يصح نية الثنتين فيها خلافا لزفر رحمه الله هو ان الثنتين بعض الثلث فلما صحت
نية الثلث صحت نية البعض ضرورة ونحن نقول نية الثلاث انما صحت لكونها جنسا حتى لو كانت امة يصح نية الثنتين
باعتبار معنى الجنسية اما الثنتان في حق الحرة عدد واللفظ لا يحتمل العدد وهذا لان معنى التوحد
مراعى في الفاظ الوحدان وذلك بالفردية او الجنسية والمثنى بمعزل منهما ولو قال انت طالق
الطلاق وقال اردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق اخرى يصدق لان كل واحد منهما
صالح للايقاع فكانه قال انت طالق وطالق فيقع رجعيتان اذا كان مدخولا بها ولو
اضاف الطلاق الى جملتها او الى ما يعبر به عن الجملة وقع الطلاق لانه اضيفه الى محله وذلك
مثل ان يقول انت طالق لان التاء ضمير المرأة او يقول رقبتك طالق او عنقك
او روحك او بدنك او جسدك او فرجك او رأسك او وجهك لانه يعبر بها عن جميع البدن اما الجسد والبدن
فظاهر فكذا غيرهما قال الله تعالى فتحرير رقبة وقال فظلت اعناقهم لها خاضعين وقال عليه السلام
لعن الله الفروج على السروج ويقال فلان رأس القوم ويا وجه العرب وهلك روحه بمعنى نفسه
ومن هذا القبيل الدم في رواية يقال دمه هدر ومنه النفس وهو ظاهر وكذلك ان طلق
جزءا شائعا منها مثل ان يقول نصفك او ثلثك طالق لان الشائع محل لسائر التصرفات
كالبيع وغيره فكذا محلا للطلاق الا انه لا يتجزى في حق الطلاق فيثبت في الكل ضرورة
ولو قال يدك طالق او رجلك طالق لم يقع الطلاق وقال زفر رحمه الله وان نوى به يقع وكذا
الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن وله انه جزء مستمتع بعقد النكاح وما هذا
حاله يكون محلا لحكم النكاح فيكون محلا للطلاق فيثبت الحكم فيه للاضافة ثم يسري الى الكل كما في الجزء
الشائع بخلاف ما اذا اضيف اليه النكاح لان التعدي ممتنع اذ الحرمة في سائر الاجزاء تغلب
الحل في هذا الجزء وفي الطلاق الامر على القلب ولنا انه اضاف الطلاق الى غير محله فيلغو
كما اذا اضافه الى ريقها او الى ظفرها لان محل الطلاق ما يكون فيه القيد لانه ينبئ عن رفع القيد

ولا قيد

ولا قيد في اليد ولهذا لا يضاف النكاح اليها بخلاف الجزء الشائع لانه محل للنكاح
عندنا حتى يصح اضافته اليه فكذا يكون محلا للطلاق واختلفوا في الظهر والبطن والاظهر
انه لا يصح لانه لا يعبر بهما عن جميع البدن وان طلقها نصف تطليقة او ثلثها كانت
تطليقة واحدة لان الطلاق لا يتجزى وذكر ما لا يتجزى كذكر الكل وكذا الجواب في كل جزء سماه
لما بينا ولو قال لها انت طالق ثلاثة انصاف تطليقتين فهي طالق ثلاثا لان نصف
التطليقتين تطليقة فاذا جمع بين ثلاثة انصاف يكون ثلاث تطليقات ضرورة ولو قال
انت طالق ثلاثة انصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان لانها طلقة ونصف فيتكامل
وقيل يقع ثلث تطليقات لان كل نصف يتكامل في نفسها فيصير ثلاثا ولو قال انت طالق
من واحدة الى ثنتين او ما بين واحدة الى ثنتين فهي واحدة ولو قال من واحدة
الى ثلث او ما بين واحدة الى ثلث فهي ثنتان وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا في الاولى
هي ثنتان وفي الثانية ثلاث وقال زفر رحمه الله في الاولى لا يقع به شيء وفي الثانية
يقع واحدة وهو القياس لان الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية كما لو قال بعته
منك من هذا الحائط الى هذا الحائط وجه قولهما وهو الاستحسان ان هذا الكلام متى ذكر في العرف يراد به
الكل كما تقول لغيره خذ من مالي من درهم الى مائة ولابي حنيفة رحمه الله ان المراد به الاكثر من الاقل
والاقل من الاكثر فانهم يقولون سني من ستين الى سبعين ويريدون ما ذكرناه وارادة الكل
فيما طريقه طريق الاباحة كما ذكرا والاصل في الطلاق الحظر ثم الغاية الاولى لا بد ان يكون موجودة
ليترتب عليها الثانية ووجودها بوقوعها بخلاف البيع لان الغاية فيه موجودة قبل البيع
ولو نوى واحدة يدين ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر ولو قال انت طالق
واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب او لم يكن له نية فهي واحدة وقال زفر رحمه الله يقع
ثنتان لعرف الحساب وهو قول الحسن بن زياد رحمهما الله ولنا ان عمل الضرب في تكثير الاجزاء لا في
زيادة المضروب وتكثير اجزاء التطليقة لا يوجب تعددها فان نوى واحدة وثنتين فهي ثلث
لانه يحتمله فان حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف ولو كانت غير مدخول بها يقع واحدة
كما في قوله واحدة وثنتين فان نوى واحدة مع ثنتين يقع الثلاث لان كلمة في تأتي بمعنى مع
كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي ولو نوى الظرف يقع واحدة لان الطلاق لا يصلح ظرفا
فيلغو ذكر الثاني ولو قال ثنتين في ثنتين ونوى الضرب والحساب فهي ثنتان وعند

زفر رحمه الله

رحمه الله ثلث لان قضيته ان يكون اربعا لكن لا مزيد للطلاق على الثلث وعندنا الاعتبار للمذكور اولا
على ما بينا ولو قال انت طالق من ها هنا الى الشام فهي واحدة يملك الرجعة وقال زفر هي بائنة لانه وصف
الطلاق بالطول قلنا لا بل وصفه بالقصر لانه متى وقع وقع في الاماكن كلها ولو قال انت طالق
بمكة او في مكة فهي طالق في الحال في كل البلاد وكذلك قوله انت طالق في الدار لان الطلاق لا يتخصص
بمكان دون مكان وان عنى به اذا اتيت مكة يصدق ديانة لا قضاء لانه نوى الاضمار
وهو خلاف الظاهر ولو قال انت طالق اذا دخلت مكة لم تطلق حتى تدخل مكة لانه علقه بالدخول
ولو قال في دخولك الدار يتعلق بالفعل للمقاربة بين الشرط والظرف فحمل عليه عند تعذر الظرفية
فصل في اضافة الطلاق الى الزمان ولو قال انت طالق غدا وقع الطلاق بطلوع الفجر لانه وصفها
بالطلاق في جميع الغد وذلك بوقوعه في اول جزء منه ولو نوى آخر النهار صدق ديانة لا قضاء
لانه نوى التخصيص في العموم وهو يحتمله مخالفا للظاهر ولو قال انت طالق اليوم غدا او غدا اليوم
يؤخذ باول الوقتين الذي تفوه به فيقع في الاول في اليوم وفي الثاني في الغد لانه لما قال اليوم
كان تنجيزا والمنجز لا يحتمل الاضافة ولو قال غدا كان اضافة والمضاف لا يتنجز لما فيه من ابطال
الاضافة فلغى اللفظ الثاني في الفصلين ولو قال انت طالق في غد وقال نويت آخر النهار
دين في القضاء عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يدين في القضاء خاصة لانه وصفها بالطلاق
في جميع الغد فصار بمنزلة قوله غدا على ما بيناه ولهذا يقع في اول جزء منه عند عدم النية وهذا
لان حذف في واثباته سواء لانه ظرف في الحالين ولابي حنيفة رحمه الله انه نوى حقيقة كلامه
لان كلمة في للظرف والظرفية لا تقتضي الاستيعاب وتعيين الجزء الاول ضرورة عدم المزاحم
فاذا عين آخر النهار كان التعيين القصدي اولى بالاعتبار من الضروري بخلاف قوله غدا لانه
يقتضي الاستيعاب حيث وصفها بهذه الصفة مضافا الى جميع الغد نظيره اذا قال والله
لاصومن عمري ونظير الاول في عمري وعلى هذا الدهر وفي الدهر ولو قال انت طالق
امس وقد تزوجها اليوم لا يقع عليه شيء لانه اسنده الى حالة معهودة منافية لمالكية
الطلاق فيلغو كما اذا قال انت طالق قبل ان اخلق ولانه يمكن تصحيحه اخبارا عن عدم
النكاح او عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج ولو تزوجها اول من امس وقع الساعة
لانه ما اسنده الى حالة منافية ولا يمكن تصحيحه اخبارا ايضا فكان انشاء والانشاء
في الماضي انشاء في الحال فيقع الساعة ولو قال انت طالق قبل ان اتزوجك لم يقع

لانه

لانه اسنده الى حالة مستندة منافية فصار كما اذا قال طلقتك وانا صبي
او نائم او يصح اخبارا على ما ذكرناه ولو قال انت طالق ما لم اطلقك او متى لم اطلقك
او متى ما لم اطلقك وسكت طلقت لانه اضاف الطلاق الى زمان خال
عن التطليق وقد وجد حيث سكت وهذا لان كلمة متى ومتى ما صريح في الوقت لانهما
من ظروف الزمان وكذا كلمة ما قال الله عز وجل ما دمت حيا اي وقت الحيوة
ولو قال انت طالق ان لم اطلقك لم تطلق حتى يموت لان العدم لا يتحقق
الا باليأس عن الحيوة وهو الشرط كما في قوله ان لم آت البصرة فانت طالق وموتها
بمنزلة موته هو الصحيح ولو قال انت طالق اذا لم اطلقك واذا ما لم اطلقك لم تطلق
حتى يموت عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تطلق حين سكت لان كلمة اذا للوقت قال الله
عز وجل واذا الشمس كورت وقال قائلهم واذا تكون كريهة ادعى لها واذا يحاس
الحيس يدعى جندب فصار بمنزلة متى ومتى ما ولهذا لو قال لامرأته انت
اذا شئت لا يخرج الامر من يدها بالقيام عن المجلس كما في قوله متى شئت ولابي حنيفة
انه يستعمل للشرط ايضا قال قائلهم استغن ما اغناك ربك بالغنى واذا تصبك خصاصة
فتجمل فان اريد به الشرط لم تطلق في الحال وان اريد به الوقت تطلق فلا تطلق
بالشك والاحتمال بخلاف مسئلة المشية لانه على اعتبار انه للوقت لا يخرج الامر
من يدها وعلى اعتبار انه للشرط يخرج والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك وهذا الخلاف
فيما اذا لم يكن له نية اما اذا نوى الوقت يقع في الحال ولو نوى الشرط يقع في آخر العمر
لان اللفظ يحتملهما ولو قال انت طالق ما لم اطلقك انت طالق فهي طالق بهذه
في المنافاة وعن محمد رحمه الله انه يقع لان العدة واجبة بخلاف الفصل الاول لانه
لا عدة هناك حتى حل وطؤها وان قال وهي امة لغيره انت طالق ثنتين مع عتق
مولاك اياك فاعتقها ملك الزوج الرجعة لانه علق التطليق بالاعتاق او العتق
لان اللفظ ينتظمهما والشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود وللحكم تعلق به والمذكور
بهذه الصفة والمعلق به التطليق لان في التعليقات يصير التصرف تطليقا عند الشرط
عندنا واذا كان التطليق معلقا بالاعتاق او العتق يوجد بعده ثم الطلاق يوجد
بعد التطليق فيكون الطلاق متأخرا عن العتق فيصادفها وهي حرة فلا تحرم حرمة

غليظة بالثنتين ويبقى شيء وهو ان كلمة مع للقران قلنا قد تذكر للتأخير كما في قوله تعالى
ان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا فيحمل عليه بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط واذا قال اذا جاء
غد فانت طالق ثنتين وقال المولى اذا جاء غد فانت حرة فجاء الغد لم تحل
له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلاث حيض وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف رح وقال
محمد رح زوجها يملك الرجعة لان الزوج قرن الايقاع باعتاق المولى حيث علقه بالشرط
الذي علق به المولى وانما ينعقد المعلق سببا عند الشرط والعتق يقارن الاعتاق
لانه علته اصلا كالاستطاعة مع الفعل فيكون التطليق مقارنا للعتق ضرورة فتطلق بعد العتق
فصار كالمسئلة الاولى ولهذا تقدر بثلاث حيض ولهما انه علق الطلاق بما علق به المولى العتق
ثم العتق يصادفها وهي امة فكذا الطلاق والطلقتان تحرمان الامة حرمة غليظة بخلاف المسئلة
الاولى لانه علق التطليق باعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ما قررناه وبخلاف
العدة لانه يؤخذ فيها بالاحتياط وكذا الحرمة الغليظة يؤخذ فيها بالاحتياط ولا وجه
الى ما قال لان العتق لو كان يقارن الاعتاق لانه علته فالطلاق يقارن التطليق لانه علته فيقترنان

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه ومن قال لامرأته انت طالق هكذا يشير بالابهام
والسبابة والوسطى فهي ثلاث لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى
العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم قال عليه السلام الشهر هكذا وهكذا وهكذا الحديث
وان اشار بواحدة فهي واحدة وان اشار بثنتين فهي ثنتان لما قلنا والاشارة تقع
بالمنشورة منها وقيل اذا اشار بظهورها فبالمضمومة منها واذا كان تقع الاشارة بالمنشورة
فلو نوى الاشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء وكذا اذا نوى الاشارة بالكف حتى تقع
في الاولى ثنتان ديانة وفي الثاني بنية واحدة لانه يحتمله لكنه خلاف الظاهر ولو لم يقل هكذا تقع واحدة
لانه لم يقترن بالعدد المبهم فبقي الاعتبار لقوله انت طالق واذا وصف الطلاق بضرب من الشدة
والزيادة كان بائنا مثل ان يقول انت طالق بائن او البتة وقال الشافعي رح يقع رجعيا اذا كان بعد
الدخول لان الطلاق شرع معقبا للرجعة فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو كما اذا قال
انت طالق على ان لا رجعة لي عليك ولنا انه وصفه بما يحتمله لفظه الا ترى ان البينونة قبل الدخول
وبعد العدة تحصل به فيكون هذا الوصف لتعيين احد المحتملين ومسئلة الرجعة ممنوعة فيقع واحدة
بائنة اذا لم تكن له نية او نوى الثنتين اما اذا نوى الثلاث فثلاث لما مر من قبل ولو عنى بقوله

انت

انت طالق واحدة وبقوله بائن او البتة اخرى تقع تطليقتان بائنتان لان هذا الوصف
يصلح لابتداء الايقاع وكذا اذا قال انت طالق افحش الطلاق لانه انما يوصف بهذا
الوصف باعتبار اثره وهو البينونة في الحال فصار كقوله بائن وكذا اذا قال اخبث الطلاق
او اسوأه لما ذكرناه وكذا اذا قال طلاق الشيطان او طلاق البدعة لان الرجعي هو السنة
فيكون البدعة وطلاق الشيطان بائنا وعن ابي يوسف رح في قوله انت طالق للبدعة
انه لا يكون بائنا الا بالنية لان البدعة قد تكون من حيث الايقاع في حالة الحيض فلا بد
من النية وعن محمد رحمه الله انه اذا قال انت طالق للبدعة او طلاق الشيطان يكون
رجعيا لان هذا الوصف قد يتحقق بالطلاق في حالة الحيض فلا تثبت البينونة بالشك وكذا اذا
قال كالجبل لما قلنا وقال ابو يوسف رح يكون رجعيا لان الجبل شيء واحد فكان التشبيه
به يوجب زيادة لا محالة وذلك باثبات زيادة الوصف وكذا مثل الجبل لما قلنا وقال
ابو يوسف رح يكون رجعيا لان الجبل شيء واحد فكان تشبيها في توحيده ولو قال لها انت
طالق اشد الطلاق او كالف او ملء البيت فهي بائنة واحدة الا ان ينوي ثلاثا
اما الاول فلانه وصفه بالشدة وهو البائن لانه لا يحتمل الانتقاض والارتفاض
اما الرجعي فيحتمله وانما تصح نية الثلاث لذكره المصدر واما الثاني فلانه قد يراد بهذا التشبيه
في القوة تارة وفي العدد اخرى يقال هو الف ويراد به القوة فتصح نية الامرين
وعند فقدانها يثبت اقلهما وعن محمد رح انه تقع الثلاث عند عدم النية لانه عدد
فيراد به التشبيه في العدد ظاهرا فصار كما قال انت طالق كعدد الف واما الثالث
فلان الشيء قد يملأ البيت لعظمه في نفسه وقد يملؤه لكثرته فاي ذلك
نوى صحت نيته وعند انعدام النية يثبت الاقل ثم الاصل عند ابي حنيفة رح انه متى
شبه الطلاق بشيء يقع بائنا اي شيء كان المشبه به ذكر العظم او لم يذكر لما مر من التشبيه يقتضي زيادة
وصف وعند ابي يوسف رحمه الله ان ذكر العظم يكون بائنا والا فلا اي شيء كان
المشبه به لان التشبيه قد يكون في التوحيد على التجريد اما ذكر العظم فللزيادة لا محالة وعند
زفر رح ان كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس يقع بائنا والا فهو رجعي وقيل محمد رح مع ابي حنيفة رح
وقيل مع ابي يوسف رح وبيانه في قوله مثل رأس الابرة مثل عظم رأس الابرة مثل الجبل مثل عظم
الجبل ولو قال انت طالق تطليقة شديدة او عريضة او طويلة فهي واحدة بائنة لان ما لا يمكن تداركه

يشتد عليه وهو البائن وما يصعب تداركه يقال لهذا الامر طول وعرض وعن ابي يوسف رح
انه تقع بها رجعية لان هذا الوصف لا يليق به فيلغو ولو نوى الثلاث في هذه الفصول صحت نيته
لتنوع البينونة على ما مر والواقع بها بائن فصل في الطلاق قبل الدخول واذا طلق الرجل
امرأته ثلاثا قبل الدخول بها وقعن عليها لان الواقع مصدر محذوف لان معناه طلاقا ثلاثا
على ما بينا فلم يكن قوله انت طالق ايقاعا على حدة فيقعن جملة فان فرق الطلاق بانت
بالاولى ولم تقع الثانية والثالثة وذلك مثل ان يقول انت طالق طالق طالق لان كل واحد ايقاع
على حدة اذا لم يذكر في آخر كلامه ما يغير صدره حتى يتوقف عليه فتقع الاولى في الحال فتصادفها الثانية
وهي مبانة وكذا اذا قال انت طالق واحدة وواحدة وقعت واحدة لما ذكرنا انها بانت بالاولى
ولو قال انت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة وقعت واحدة لما ذكرنا
كان باطلا لانه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد واذا ماتت قبل ذكر
العدد فات المحل قبل الايقاع فبطل وكذا اذا قال انت طالق ثنتين او ثلاثا لما بينا
واذا ماتت قبل ذكر العدد فات المحل قبل الايقاع فبطل وكذا اذا قال انت
وهذه تجانس ما قبلها من حيث المعنى في اول الفصل ولو قال انت طالق واحدة قبل واحدة او بعدها واحدة
وقعت واحدة والاصل انه متى ذكر شيئين وادخل بينهما حرف الظرف ان
قرنها بهاء الكناية كانت صفة للمذكور آخرا كقوله جاءني زيد قبله عمرو وان لم يقرنها
بهاء الكناية كانت صفة للمذكور اولا كقولك جاءني زيد قبل عمرو وايقاع
الطلاق في الماضي ايقاع في الحال لان الاسناد ليس في وسعه فالقبلية في قوله
انت طالق واحدة قبل واحدة صفة للاولى فتبين بها فلا تقع الثانية والبعدية في قوله
بعدها صفة للاخيرة فحصلت الابانة بالاولى ولو قال انت طالق واحدة قبلها واحدة
تقع ثنتان لان القبلية صفة للثانية لاتصالها بحرف الكناية فاقتضى ايقاعها في الماضي
وايقاع الاولى في الحال ايضا فتقترنان فتقعان وكذا اذا قال انت طالق
واحدة بعد واحدة لان البعدية صفة للاولى فاقتضى ايقاع الواحدة في الحال
وايقاع الاخرى قبل هذه فتقترنان ولو قال انت طالق واحدة مع واحدة
او معها واحدة تقع ثنتان لان كلمة مع للقران وعن ابي يوسف رح في قوله
معها اثنتا واحدة لان الكناية تستدعي سبق المكني عنه لا محالة وفي المدخول بها تقع ثنتان

في الوجود

في الوجود كلها لقيام المحلية بعد وقوع الاولى ولو قال ان دخلت الدار فانت طالق
واحدة وواحدة فدخلت وقع عليها واحدة عند ابي حنيفة رح وقالا تقع ثنتان وان قال
لها انت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين لهما ان حرف الواو
للجمع المطلق فتعلقن جملة كما اذا نص على الثلث او اخر الشرط وله ان الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب
وعلى اعتبار الثاني لا تقع الا واحدة كما اذا نجز بهذه اللفظ فلا تقع الزائد على الواحد
بالشك بخلاف ما اذا اخر الشرط لانه مغير صدر الكلام فيتوقف الاول عليه فيقعن جملة ولا مغير
فيما اذا قدم الشرط فلم يتوقف ولو عطف بحرف الفاء فهو على الخلاف فيما ذكره الكرخي وذكر
الفقيه ابو الليث رح انه تقع واحدة بالاتفاق لان الفاء للتعقيب وهو الاصح واما الضرب
الثاني وهو الكنايات لا يقع بها الطلاق الا بالنية او بدلالة الحال لانها غير موضوعة
للطلاق فلا بد من التعيين او دلالته وهي على ضربين منها ثلاثة الفاظ يقع بها طلاق
رجعي ولا يقع بها الا واحدة وهي قوله اعتدي واستبرئي رحمك وانت واحدة اما الاولى
فلانها تحتمل الاعتداد من النكاح وتحتمل اعتداد نعم الله تعالى فاذا نوى الاول
تعين بنيته فيقتضي طلاقا سابقا والطلاق يعقب الرجعة واما الثانية فلانها تستعمل بمعنى الاعتداد
لانه تصريح بما هو المقصود منه فكان بمنزلته ويحتمل الاستبراء ليطلقها واما الثالثة فلانها
تحتمل ان تكون نعتا لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة فاذا نواه جعل كانه قاله والطلاق
يعقب الرجعة ويحتمل غيره وهو ان تكون واحدة عنده او عند قومه ولما احتملت هذه الالفاظ
الطلاق وغيره يحتاج فيه الى النية ولا يقع الا واحدة لان قوله انت طالق فيها مقتضى او مضمر
ولو كان مظهرا لا يقع بها الا واحدة فاذا كان مضمرا اولى وفي قوله واحدة ان صار المصدر
مذكورا لكن التنصيص على الواحدة ينافي نية الثلث ولا معتبر باعراب الواحدة عند عامة المشايخ
هو الصحيح لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب قال وبقية الكنايات اذا نوى بها الطلاق
كانت واحدة بائنة وان نوى ثلاثا كان ثلاثا وان نوى ثنتين كانت واحدة وهذا مثل
قوله انت بائن وبتة وبتلة وحرام وحبلك على غاربك والحقي باهلك وخلية وبرية ووهبتك
لاهلك وسرحتك وفارقتك وامرك بيدك واختاري وانت حرة وتقنعي واستتري واغربي واخرجي واذهبي وقومي
وابتغي الازواج لانها تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية قال الا ان يكون في حال مذاكرة الطلاق

فيقع به الطلاق ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى الا ان ينويه قال رضي الله عنه
سوى بين هذه الالفاظ وهذا فيما لا يصلح ردا والجملة ان الاحوال ثلثة حالة مطلقة
وهي حالة الرضا وحالة مذاكرة الطلاق وحالة الغضب والكنايات ثلثة اقسام ما يصلح
جوابا وردا وما يصلح جوابا وردا وما يصلح جوابا لا ردا وما يصلح جوابا ويصلح سبا وشتيمة
ففي حالة الرضا لا يكون شيء منها طلاقا الا بالنية والقول قوله لما قلنا وفي حال مذاكرة
الطلاق فيما يصلح جوابا ولا يصلح ردا في القضاء مثل قوله خلية
برية بتة بائن حرام اعتدي امرك بيدك اختاري لان الظاهر ان مراده الطلاق
عند سؤال الطلاق ويصدق فيما يصلح جوابا وردا مثل قوله اخرجي واذهبي قومي تقنعي تخمري
وما يجري هذا المجرى لانه احتمل الرد وهو الادنى فحمل عليه وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك
لاحتمال الرد او السب الا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم كقوله اعتدي واختاري وامرك
بيدك فانه لا يصدق فيها لان الغضب يدل على ارادة الطلاق وعن ابي يوسف في قوله لا ملك
لي عليك ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك وفارقتك انه يصدق في حالة الغضب لما فيها من احتمال
معنى السب ثم وقوع البائن بما سوى الثلثة الاول مذهبنا وقال الشافعي رحمه الله يقع بها رجعي
لان الواقع بها طلاق لانها كنايات عن الطلاق ولهذا يشترط النية وينتقص به العدد والطلاق
معقب للرجعة كالصريح ولنا ان تصرف الابانة صدر من اهله مضافا الى المحل عن ولاية شرعية
ولا خفاء في الاهلية والمحلية والدلالة على الولاية ان الحاجة ماسة الى اثباتها كيلا
ينسد عليه باب التدارك ولا يقع في عهدتها بالمراجعة من غير قصد وليست كنايات
على التحقيق لانها عوامل في حقائقها والشرط تعيين احد نوعي البينونة دون الطلاق والانتقاص
لثبوت الطلاق بناء على زوال الوصلة وانما تصح نية
الثلث لتنوع البينونة الى غليظة وخفيفة وعند انعدام النية يثبت الادنى
ولا تصح نية الثنتين عندنا لزفر لانه عدد وقد بيناه من قبل وان قال لها اعتدي اعتدي
اعتدي وقال نويت بالاولى طلاقا وبالباقي حيضا دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه
ولانه يأمر امرأته في العادة بالاعتداد بعد الطلاق فكان الظاهر شاهدا له وان قال
لم انو بالباقي شيئا فهي ثلاث لانه لما نوى بالاولى الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق
فتعين الباقيان للطلاق بهذه الدلالة فلا يصدق في نفي النية بخلاف ما اذا قال لم انو

بالكل

بالكل الطلاق حيث لا يقع شيء لانه الظاهر يكذبه وبخلاف ما لو قال نويت بالثالثة الطلاق
دون الاوليين حيث لا يقع الا واحدة لان الحال عند الاوليين لم يكن حال مذاكرة الطلاق
وفي كل موضع يصدق الزوج على نفي النية انما يصدق مع اليمين لانه امين في الاخبار عما
في ضميره والقول قول الامين مع اليمين باب تفويض الطلاق فصل في الاختيار واذا
قال لامرأته اختاري ينوي به الطلاق او قال لها طلقي نفسك فلها ان تطلق نفسها ما دامت
في مجلسها ذلك فان قامت منه او اخذت في عمل آخر خرج الامر من يدها لان المخيرة
لها المجلس باجماع الصحابة رضي الله عنهم ولانه تمليك الفعل منها والتمليكات تقتضي جوابا في المجلس
كما في البيع لان ساعات المجلس اعتبرت ساعة واحدة الا ان المجلس تارة يتبدل بالذهاب عنه
ومرة بالاشتغال بعمل آخر اذ مجلس الاكل غير مجلس المناظرة ومجلس القتال غيرهما ويبطل خيارها بمجرد
القيام لانه دليل الاعراض بخلاف الصرف والسلم لان المفسد هناك الافتراق من غير قبض ثم لا بد
من النية في قوله اختاري لانه يحتمل تخييرها في نفسها ويحتمل تخييرها في تصرف آخر غيره فان اختارت
نفسها في قوله اختاري كانت واحدة بائنة والقياس ان لا يقع بهذا شيء وان نوى الزوج
الطلاق لانه لا يملك الايقاع بهذه اللفظة فلا يملك التفويض الى غيره الا انا استحسناه لاجماع الصحابة
ولانه يمكنه ان يستديم نكاحها او يفارقها فيملك اقامتها مقام نفسه في حق هذا الحكم
ثم الواقع بها بائن لان اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها وذلك في البائن ولا يكون
ثلاثا وان نوى الزوج ذلك لان الاختيار لا يتنوع بخلاف الابانة لان البينونة قد تتنوع
ولا بد من ذكر النفس في كلامه او كلامها حتى لو قال لها اختاري فقالت قد اخترت فهو باطل
لانه عرف بالاجماع وهو في المفسرة من احد الجانبين ولان المبهم لا يصلح تفسيرا للمبهم ولا تعيين
مع الابهام ولو قال لها اختاري نفسك فقالت اخترت تقع واحدة بائنة لان كلامه
مفسر وكلامها خرج جوابا له فيتضمن اعادته وكذا لو قال اختاري اختيارة فقالت قد اخترت
لان الهاء في الاختيارة تنبئ عن الاتحاد والانفراد واختيارها نفسها هو الذي يتحد مرة
ويتعدد اخرى فصار مفسرا من جانبه ولو قال اختاري فقالت انا اختار نفسي فهي طالق والقياس
ان لا تطلق لان هذا مجرد وعد او يحتمله فصار كما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت انا اطلق نفسي وجه
الاستحسان حديث عائشة رضي الله عنها فانها قالت لا بل اختار الله ورسوله واعتبره النبي عليه السلام جوابا منها
ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوز في الاستقبال كما في كلمة الشهادة واداء الشهادة

بخلاف قولها اطلق نفسي لانه تعذر حمله على الحال لانه ليس بحكاية عن حالة قائمة ولا كذلك قولها
انا اختار نفسي لانه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها نفسها ولو قال لها اختاري اختاري
اختاري فقالت اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة طلقت ثلاثا في قول ابي حنيفة رحمه الله
ولا يحتاج الى نية الزوج وقالا تطلق واحدة وانما لا يحتاج الى النية لدلالة التكرار عليه اذ الاختيار في حق الطلاق
هو الذي يتكرر لهما ان ذكر الاولى وما يجري مجراه ان كان لا يفيد من حيث الترتيب يفيد من حيث الافراد
فيعتبر فيما يفيد وله ان هذا وصف لغو لان المجتمع في الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع في المكان والكلام للترتيب
والافراد من ضروراته فاذا لغا في حق الاصل لغا في حق البناء ولو قالت اخترت اختيارة فهي ثلاث
في قولهم جميعا لانها للمرة فصار كما اذا صرحت بها ولان الاختيارة للتأكيد وبدون التأكيد تقع
الثلاث فمع التأكيد اولى ولو قالت قد طلقت نفسي او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة يملك الرجعة
لان هذا اللفظ يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة فكانها اختارت نفسها بعد العدة وان قال لها امرك
بيدك في تطليقة او اختاري تطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة يملك الرجعة لانه جعل لها الاختيار لكن
لها الاختيار بتطليقة وهي معقبة للرجعة

فصل في الامر باليد

وان قال لها امرك بيدك ينوي ثلاثا
فقالت قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلاث لان الاختيار يصلح جوابا للامر باليد لكونه تمليكا كالتخيير
والواحدة صفة الاختيارة فصار كانها قالت اخترت نفسي بمرة وبذلك تقع الثلث ولو قالت قد
نفسي واحدة او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة لان الواحدة نعت لمصدر محذوف وهي
الاولى الاختيارة وفي الثانية التطليقة الا انها تكون بائنة لان التفويض في البائن ضرورة ملكها
امرها وكلامها خرج جوابا له فتصير الصفة المذكورة في التفويض مذكورة في الايقاع وانما تصح نية الثلث في
قوله امرك بيدك لانه يحتمل العموم والخصوص ونية الثلاث نية التعميم بخلاف قوله اختاري لانه لا يحتمل العموم وقد حققناه
من قبل ولو قال لها امرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليلة وان ردت الامر في يومها بطل
امر ذلك اليوم وكان بيدها بعد غد لانه صرح بذكر وقتين بينهما وقت من جنسهما لم يتناوله الامر اذ ذكر اليوم بعبارة الفرد
لا يتناول الليل فكانا امرين فبرد احدهما لا يرتد الاخر وقال زفر هو امر واحد بمنزلة قوله انت طالق اليوم
وبعد غد قلنا الطلاق لا يحتمل التأقيت والامر باليد يحتمله فيوقت الامر الاول وجعل الثاني امرا مبتدأ ولو قال
امرك بيدك اليوم وغدا يدخل في ذلك الليلة وان ردت الامر في يومها لم يبق الامر في يدها غدا لانه امر واحد
لم يتخلل بين الوقتين المذكورين وقت من جنسهما لم يتناوله الكلام وقد يهجم الليل ومجلس المشورة لا ينقطع
فصار كما اذا قال امرك بيدك في يومين وعن ابي حنيفة رحمه الله انها اذا ردت الامر في اليوم لها ان

تختار

تختار نفسها غدا لانها لا تملك رد الامر كما لا تملك رد الايقاع وجه الظاهر انها اذا اختارت نفسها اليوم
لا يبقى لها الخيار في الغد فكذا اذا اختارت زوجها برد الامر لان المخير بين الشيئين لا يملك الا اختيار
احدهما وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا قال امرك بيدك اليوم وامرك بيدك غدا انهما امران لما
انه ذكر لكل وقت خبرا بخلاف ما تقدم وان قال امرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان فلم تعلم بقدومه
حتى جن الليل فلا خيار لها لان الامر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به على بياض النهار وقد حققناه
من قبل فيتوقت به ثم ينقضي بانقضاء وقته واذا جعل امرها بيدها او خيرها فمكثت يوما لم تقم
فالامر في يدها ما لم تأخذ في عمل آخر لان هذا تمليك التطليق منها لان المالك من يتصرف برأي نفسه
وهي بهذه الصفة والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه من قبل ثم ان كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك
وان كانت لا تسمع فمجلس علمها وبلوغ الخبر اليها لان هذا تمليك فيه معنى التعليق فيتوقف على ما وراء
المجلس ولا يعتبر مجلسه لان التعليق لازم في حقه بخلاف البيع لانه تمليك محض لا يشوبه التعليق
واذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل بالتحول ومرة بالاخذ في عمل آخر على ما بيناه في الخيار
ويخرج الامر من يدها بمجرد القيام لانه دليل الاعراض اذ القيام يفرق الرأي بخلاف ما اذا مكثت يوما
لم تقم ولم تأخذ في عمل آخر لان المجلس قد يطول وقد يقصر فيبقى الى ان يوجد ما يقطعه او يدل على
الاعراض وقوله مكثت يوما ليس للتقدير به وقوله ما لم تأخذ في عمل آخر يراد به عمل يعرف انه
قطع لما كان فيه لا مطلق العمل ولو كانت قائمة فجلست فهي على خيارها لانه دليل الاقبال
فان القعود اجمع للرأي وكذا اذا كانت قاعدة فاتكأت او متكئة فقعدت لان هذا
انتقال من جلسة الى جلسة فلا يكون اعراضا كما اذا كانت محتبية فتربعت قال رضي الله عنه
هذا رواية الجامع الصغير وذكر في غيره انها اذا كانت قاعدة فاتكأت لا خيار لها
لان الاتكاء اظهار التهاون بالامر فكان اعراضا والاول هو الاصح ولو كانت قاعدة
فاضطجعت ففيه روايتان عن ابي يوسف رحمه الله ولو قالت ادعوا ابي استشيره او شهودا
اشهدهم فهي على خيارها لان الاستشارة لتحري الصواب والاشهاد للتحرز عن الجحود
فلا يكون دليل الاعراض فان كانت تسير على دابة او في محمل فوقفت فهي على خيارها وان سارت
بطل خيارها لان سير الدابة ووقوفها مضاف اليها والسفينة بمنزلة البيت لان سيرها غير مضاف
الى راكبها الا ترى انه لا يقدر على ايقافها وراكب الدابة يقدر

فصل في المشيئة

ومن قال
لامرأته طلقي نفسك ولا نية له او نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية

فان طلقت نفسها ثلثا فقد اراد الزوج ذلك وقعن عليها وهذا لان قوله طلقي معناه افعلي
فعل الطلاق وهو اسم جنس فيقع على الادنى مع احتمال الكل كسائر اسماء الاجناس فلهذا تعمل
فيه نية الثلاث وينصرف الى الواحدة عند عدمها وتكون الواحدة رجعية لان المفوض اليها صريح
الطلاق ولو نوى الثنتين لا تصح لانه نية العدد الا اذا كانت المنكوحة امة لانه جنس في حقها
وان قال لها طلقي نفسك فقالت قد ابنت نفسي طلقت ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق
لان الابانة من الفاظ الطلاق الا ترى انه لو قال ابنتك ينوي الطلاق او قالت ابنت نفسي
فقال الزوج قد اجزت ذلك بانت فكانت موافقة للتفويض في الاصل الا انها زادت فيه وصفا
وهو تعجيل الابانة فيلغو الوصف الزائد ويثبت الاصل كما اذا قالت طلقت نفسي تطليقة بائنة وينبغي
ان تقع تطليقة رجعية بخلاف الاختيار لانه ليس من الفاظ الطلاق الا ترى انه لو قال لامرأته
اخترتك او اختاري ينوي الطلاق لم يقع ولو قالت ابتداء اخترت نفسي فقال الزوج اجزت
لا يقع شيء الا انه عرف طلاقا بالاجماع اذا حصل جوابا للتخيير وقوله طلقي ليس بتخيير فيلغو وعن
ابي حنيفة رح انه لا يقع بقولها ابنت نفسي لانها اتت بغير ما فوض اليها اذ الابانة تغاير الطلاق
وان قال لها طلقي نفسك فليس له ان يرجع عنه لان فيه معنى اليمين لانه تعليق الطلاق
بتطليقها واليمين تصرف لازم ولو قامت عن مجلسها بطل لانه تمليك بخلاف ما اذا قال
طلقي ضرتك لانه توكيل وانابة فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع وان قال لها طلقي نفسك متى
شئت فلها ان تطلق نفسها في المجلس وبعده لان كلمة متى عامة في الاوقات فصار كما اذا
قال في اي وقت شئت واذا قال لرجل طلق امرأتي فله ان يطلقها في المجلس وبعده وله ان يرجع
لانه توكيل وانه استعانة فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس بخلاف قوله لامرأته طلقي نفسك لانها
عاملة لنفسها فكان تمليكا لا توكيلا ولو قال لرجل طلقها ان شئت فله ان يطلقها في المجلس خاصة
وليس للزوج ان يرجع وقال زفر رح هذا والاول سواء لان التصريح بالمشية كعدمه لانه
يتصرف عن مشية فصار كالوكيل بالبيع اذا قيل له بعه ان شئت ولنا انه تمليك لانه علقه
بالمشية والمالك هو الذي يتصرف عن مشيته والطلاق يحتمل التعليق بخلاف البيع لانه لا يحتمله
وان قال طلقي نفسك ثلثا فطلقت واحدة فهي واحدة لانها ملكت ايقاع الثلث فتملك
ايقاع الواحدة ضرورة ولو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلثا لم يقع شيء
عند ابي حنيفة رح وقالا يقع واحدة لانها اتت بما ملكته وزيادة فصار كما اذا طلقها

الزوج

الزوج الثنتين ولابي حنيفة رح انها اتت بغير ما فوض اليها فكانت مبتدأة وهذا لان الزوج ملكها
الواحدة والثلاث اسم لعدد مركب مجتمع والواحدة فرد لا تركيب فيه فكانت بينهما مغايرة
على سبيل المضادة بخلاف الزوج لانه يتصرف بحكم الملك وكذا هي في المسئلة الاولى لانها ملكت الثلاث
اما ههنا لم تملك الثلاث وما اتت بما فوض اليها فلغا وان امرها بطلاق يملك الرجعة فطلقت
بائنة او امرها بالبائن فطلقت رجعية وقع ما امر به الزوج فمعنى الاول ان يقول لها الزوج طلقي نفسك
واحدة املك الرجعة فتقول طلقت نفسي واحدة بائنة فتقع رجعية لانها اتت بالاصل وزيادة وصف كما ذكرنا
فيلغو الوصف ويبقى الاصل ومعنى الثانية ان يقول طلقي نفسك واحدة بائنة فتقول طلقت
نفسي واحدة رجعية فتقع بائنة لان قولها واحدة رجعية لغو منها لان الزوج لما عين صفة المفوض اليها فحاجتها بعد
ذلك الى ايقاع الاصل دون تعيين الوصف فصار كانها اقتصرت على الاصل فيقع بالصفة التي عينها
الزوج بائنا وان قال لها طلقي نفسك ثلثا ان شئت فطلقت واحدة لم يقع شيء لان معناه
ان شئت الثلث وهي بايقاع الواحدة ما شاءت الثلث فلم يوجد الشرط ولو قال طلقي نفسك واحدة
ان شئت فطلقت ثلثا فكذلك عند ابي حنيفة رح لان مشية الثلث ليست مشية للواحدة
كايقاعها وقالا يقع واحدة لان مشية الثلث مشية للواحدة كما ان ايقاعها ايقاع للواحدة فوجد
الشرط ولو قال لها انت طالق ان شئت فقالت شئت ان شئت فقال شئت ينوي
الطلاق بطل الامر لانه علق طلاقها بالمشية المرسلة وهي اتت بالمعلقة فلم يوجد الشرط
وهو اشتغال بما لا يعنيها فخرج الامر من يدها ولا يقع الطلاق بقوله شئت وان نوى الطلاق
لانه ليس في كلام المرأة ذكر الطلاق ليصير الزوج شائيا طلاقها والنية لا تعمل في غير المذكور حتى لو قال
شئت طلاقك يقع اذا نوى لانه ايقاع مبتدأ اذ المشية تنبئ عن الوجود بخلاف قوله اردت
طلاقك لانه لا ينبئ عن الوجود وكذا اذا قالت شئت ان شاء ابي او شئت ان كان كذا لامر
لم يجئ بعد لما ذكرنا ان الاتي به مشية معلقة فلم يقع وبطل الامر وان قالت قد شئت ان كان
كذا لامر قد مضى طلقت لان التعليق بشرط كائن تنجيز ولو قال لها انت طالق اذا شئت او اذا
ما شئت او متى شئت او متى ما شئت فردت الامر لم يكن ردا ولا يقتصر على المجلس اما كلمة متى
ومتى ما فلانهما للوقت وهي عامة في الاوقات كلها كانه قال في اي وقت شئت ولا يقتصر على المجلس
ولو ردت لم يكن ردا لانه ملكها الطلاق في الوقت الذي شاءت فلم يكن تمليكا قبل المشية حتى يرتد
بالرد ولا تطلق نفسها الا واحدة لانها تعم الازمان دون الافعال فتملك التطليق في كل زمان ولا

تملك

تطليق بعد تطليق واما كلمة اذا واذا ما فهي ومتى سواء عندهما وعند ابي حنيفة رح ان كانت تستعمل للشرط
كما تستعمل للوقت لكن الامر صار بيدها فلا يخرج بالشك وقد مر من قبل ولو قال لها انت طالق كلما شئت
فلها ان تطلق نفسها واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلاثا لان كلمة كلما توجب تكرار الافعال
الا ان التعليق ينصرف الى الملك القائم حتى لو عادت اليه بعد زوج آخر فطلقت نفسها لم يقع شيء
لانه ملك مستحدث وليس لها ان تطلق نفسها ثلاثا بكلمة واحدة لانها توجب عموم الافراد لا عموم
الاجتماع فلا تملك الايقاع جملة وجمعا ولو قال لها انت طالق حيث شئت او اين شئت لم تطلق حتى تشاء
وان قامت من مجلسها فلا مشية لها لان كلمة حيث واين من اسماء المكان والطلاق لا تعلق له بالمكان
فيلغو ويبقى ذكر مطلق المشية فيقتصر على المجلس بخلاف الزمان لان له تعلقا به حتى يقع في زمان دون زمان
فيجب اعتباره خصوصا وعموما وان قال لها انت طالق كيف شئت طلقت تطليقة يملك الرجعة ومعناه
قبل المشية فان قالت قد شئت واحدة بائنة او ثلاثا وقال الزوج ذلك نويت فهو كما قال لانه
عند ذلك تثبت المطابقة بين مشيتها وارادته اما اذا ارادت ثلاثا والزوج واحدة بائنة او على
العكس يقع واحدة رجعية لانه لغا تصرفها لعدم الموافقة فبقي ايقاع الزوج وان لم تحضره النية
يعتبر مشيتها فيما قالوا جريا على موجب التخيير قال رضي الله عنه قال في الاصل هذا قول ابي حنيفة رح
وعندهما لا يقع ما لم توقع المرأة فتشاء رجعية او بائنة او ثلاثا وعلى هذا الخلاف العتاق لهما انه فوض
التطليق اليها على اي صفة شاءت فلا بد من تعليق اصل الطلاق بمشيتها لتكون لها المشية في جميع
الاحوال اعني قبل الدخول وبعده ولابي حنيفة رح ان كلمة كيف للاستيصاف يقال كيف اصبحت والتفويض
في وصفه يستدعي وجود اصله ووجود الطلاق بوقوعه وان قال لها انت طالق كم شئت او ما شئت
طلقت نفسها ما شاءت لانهما يستعملان للعدد فقد فوض اليها اي عدد شاءت وان قامت
من المجلس بطل وان ردت الامر كان ردا لان هذا امر واحد وهو خطاب في الحال فيقتضي
الجواب في الحال وان قال لها طلقي نفسك من ثلاث ما شئت فلها ان تطلق نفسها
واحدة وثنتين ولا تطلق ثلاثا عند ابي حنيفة رح وقالا تطلق ثلاثا ان شاءت
لان كلمة ما محكمة في التعميم وكلمة من قد تستعمل للتمييز فيحمل على تمييز الجنس كما اذا قال كل من
طعامي ما شئت او طلق من نسائي من شاءت ولابي حنيفة رح ان كلمة من للتبعيض وما
للتعميم فيعمل بهما وفيما استشهدا به ترك التبعيض لدلالة اظهار السماحة او لعموم
الصفة وهي المشية حتى لو قال من شئت كان على الخلاف باب الايمان في الطلاق

واذا

واذا اضاف الطلاق الى النكاح وقع عقيب النكاح مثل ان يقول لامرأة ان تزوجتك
فانت طالق او كل امرأة اتزوجها فهي طالق وقال الشافعي رح لا يقع شيء لقوله عم لا طلاق
قبل النكاح ولنا ان هذا تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء فلا يشترط لصحته قيام الملك في الحال لان
الوقوع عند الشرط والملك متيقن به عنده وقبل ذلك اثره المنع وهو قائم بالمتصرف
والحديث محمول على نفي التنجيز والحمل ماثور عن السلف كالشعبي والزهري رح وغيرهما واذا اضافه
الى شرط وقع عقيب الشرط مثل ان يقول لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق وهذا
بالاتفاق لان الملك قائم في الحال والظاهر بقاؤه الى وقت الشرط فيصح يمينا او ايقاعا
ولا تصح اضافة الطلاق الا ان يكون الحالف مالكا او يضيفه الى ملك لان الجزاء لا بد ان يكون
ظاهرا ليكون مخيفا فيتحقق معنى اليمين وهو القوة والظهور باحد هذين والاضافة الى سبب الملك بمنزلة
الاضافة اليه لانه ظاهر عند سببه فان قال لاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق ثم تزوجها
فدخلت الدار لم تطلق لان الحالف ليس بمالك ولا اضافه الى الملك وسببه ولا بد من واحد
منهما والفاظ الشرط ان واذا واذا ما وكل وكلما ومتى ومتى ما لان الشرط مشتق من العلامة وهذه
الالفاظ مما يليها افعال فتكون علامات على الحنث ثم كلمة ان حرف للشرط لانه ليس فيها معنى
الوقت وما وراءها ملحق بها وكلمة كل ليس شرطا حقيقة لان ما يليها اسم والشرط ما يتعلق به الجزاء
والاجزية تتعلق بالافعال الا انها الحقت بالشرط لتعلق الفعل بالاسم الذي يليها مثل قولك
كل عبد اشتريه فهو حر قال ففي هذه الالفاظ اذا وجد الشرط انحلت اليمين وانتهت لانها
غير مقتضية للعموم والتكرار لغة فبوجود الشرط مرة يتم الشرط ولا بقاء لليمين بدونه الا
في كلما فانها تقتضي تعميم الافعال قال الله تعالى كلما نضجت جلودهم الآية ومن ضرورة التعميم التكرار
قال فان تزوجها بعد ذلك اي بعد زوج آخر وتكرر الشرط لم يقع شيء لان باستيفاء
الطلقات الثلاث المملوكات في هذا النكاح لم يبق الجزاء وبقاء اليمين به وبالشرط وفيه
خلاف زفر رح وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى ولو دخلت على نفس التزوج بان قال كلما تزوجت
امرأة فهي طالق يحنث بكل مرة وان كان بعد زوج آخر لان انعقادها باعتبار ما يملك عليها
من الطلاق بالتزوج وذلك غير محصور قال وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها لانه لم يوجد
الشرط فبقي والجزاء باق لبقاء محله فبقي اليمين ثم ان وجد الشرط في ملكه انحلت اليمين ووقع
الطلاق لانه وجد الشرط والمحل قابل للجزاء فينزل ولا يبقى اليمين لما قلنا وان وجد في غير الملك

انحلت اليمين لوجود الشرط ولم يقع شيء لانعدام المحلية وان اختلفا في الشرط فالقول قول
الزوج الا ان يقيم المرأة البينة لانه متمسك بالاصل وهو عدم الشرط ولانه ينكر وقوع
الطلاق وزوال الملك والمرأة تدعيه فان كان لا يعلم الا من جهتها فالقول قولها في حق نفسها
مثل ان يقول ان حضت فانت طالق وفلانة فقالت قد حضت طلقت هي ولم تطلق فلانة
ووقوع الطلاق استحسان والقياس ان لا يقع لانه شرط فلا تصدق كما في الدخول وجه الاستحسان
انها امينة في حق نفسها اذ لا يعلم ذلك الا من جهتها فيقبل قولها كما قبل في حق العدة والغشيان لكنها
شاهدة في حق ضرتها بل هي متهمة فلا يقبل قولها في حقها وكذا لو قال ان كنت تحبين ان يعذبك الله
في نار جهنم فانت طالق وعبدي حر فقالت احبه او قال ان كنت تحبيني فانت طالق وهذه معك
فقالت احبك طلقت ولم يعتق العبد ولا تطلق صاحبتها لما بينا ولا يتيقن بكذبها لشدة بغضها اياه
قد تحب التخليص منه بالعذاب وفي حقها ان تعلق الحكم باخبارها وان كانت كاذبة في حق غيرها بقي الحكم
على الاصل وهي المحبة واذا كانت كاذبة واذا قال اذا حضت فانت طالق فرأت الدم لم يقع الطلاق
حتى يستمر ثلاثة ايام لان ما ينقطع دونها لا يكون حيضا فاذا تمت ثلاثة ايام حكمنا بالطلاق من حين
حاضت لانه بالامتداد عرف انه من الرحم فكان حيضا من الابتداء ولو قال لها اذا حضت حيضة
فانت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضها لان الحيضة بالهاء هي الكامل منها ولهذا حمل عليه في حديث
الاستبراء وكمالها بانتهائها وذلك بالطهر واذا قال انت طالق اذا صمت يوما طلقت حين تغيب
الشمس في اليوم الذي تصوم فيه لان اليوم اذا قرن بفعل ممتد يراد به بياض النهار بخلاف ما اذا قال
اذا صمت لانه لم يقدره بمعيار وقد وجد الصوم بركنه وشرطه ومن قال لامرأته اذا ولدت غلاما
فانت طالق واحدة واذا ولدت جارية فانت طالق ثنتين فولدت جارية وغلاما ولا يدرى
ايهما اول لزمه في القضاء تطليقة وفي التنزه تطليقتان وانقضت العدة لانها لو ولدت
الغلام اولا وقعت واحدة وتنقضي عدتها بوضع الجارية ثم لا تقع اخرى به لانه حال انقضاء العدة
ولو ولدت الجارية اولا وقعت تطليقتان وانقضت عدتها بوضع الغلام ثم لا يقع شيء آخر به لما ذكرنا انه
حال الانقضاء فاذا في حال تقع واحدة وفي حال ثنتان فلا تقع الثانية بالشك والاولى ان تاخذ
بالثنتين تنزها واحتياطا والعدة منقضية بيقين لما بينا وان قال ان كلمت ابا عمرو وابا يوسف
فانت طالق ثلاثا ثم طلقها فبانت وانقضت عدتها فكلمت ابا عمرو ثم تزوجها فكلمت ابا يوسف
فهي طالق ثلاثا مع الواحدة الاولى وقال زفر لا تقع وهذه على وجوه اما ان وجد الشرطان في الملك فيقع

الطلاق وهذا ظاهر او وجدا في غير الملك فلا يقع او وجد الاول في الملك والثاني في غير الملك
فلا يقع ايضا لان الجزاء لا ينزل في غير الملك او وجد الاول في غير الملك والثاني في الملك وهي مسألة
الكتاب الخلافية له اعتبار الاول بالثاني اذ هما في حكم الطلاق كشيء واحد ولنا ان صحة الكلام
باهلية المتكلم الا ان الملك يشترط حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود لاستصحاب الحال فيصح
اليمين وعند تمام الشرط لينزل الجزاء الا في الملك وفيما بين ذلك الحال حال بقاء اليمين فيستغنى عن قيام
الملك اذ بقاؤه بمحله وهو الذمة ولو قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا فطلقها ثنتين وتزوجت
زوجا آخر ودخل بها ثم عادت الى الاول فدخلت الدار طلقت ثلاثا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال
محمد هي طالق ما بقي من الطلاق وهو قول زفر واصله ان الزوج الثاني يهدم ما دون الثلاث
عندهما فتعود اليه بالثلاث وعند محمد وزفر رحمهما الله لا يهدم فتعود اليه بالثلاث وعند محمد
وزفر لا يهدم فتعود بما بقي وسنبينه ان شاء الله تعالى ولو قال ان دخلت الدار فانت طالق
ثلاثا ثم قال لها انت طالق ثلاثا فتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت الى الاول فدخلت الدار
لم يقع شيء وقال زفر يقع الثلاث لان الجزاء ثلاث مطلق لاطلاق اللفظ وقد بقي احتمال
وقوعها فيبقى اليمين ولنا ان الجزاء طلقات هذا الملك لانها هي المانعة لان الظاهر عدم ما يحدث
واليمين تعقد للحمل او المنع واذا كان الجزاء ما ذكرناه وقد فات بتنجيز الثلاث المبطل للمحلية فلا يبقى
اليمين بخلاف ما اذا ابانها لان الجزاء باق لبقاء محله ولو قال لامرأته ان جامعتك فانت
طالق ثلاثا فجامعها فلما التقى الختانان لبث ساعة لم يجب عليه المهر وان اخرجه ثم ادخله
وجب عليه المهر المثل وكذا اذا قال لامته ان جامعتك فانت حرة وعن ابي يوسف انه اوجب المهر
في الفصل الاول ايضا لوجود الجماع بالدوام عليه الا انه لا يجب الحد للاتحاد وجه الظاهر ان
الجماع ادخال الفرج في الفرج ولا دوام للادخال بخلاف ما اذا اخرج ثم اولج لانه وجد الادخال
بعد الطلاق الا ان الحد لا يجب لشبهة الاتحاد بالنظر الى المجلس والمقصود واذا لم يجب الحد وجب العقر
اذ الوطء لا يخلو عن احدهما ولو كان الطلاق رجعيا يصير مراجعا باللبث عند ابي يوسف خلافا
لمحمد لوجود المساس ولو نزع ثم اولج صار مراجعا بالجماع لوجود الجماع فصل في الاستثناء واذا
قال لامرأته انت طالق ان شاء الله متصلا لم يقع الطلاق لقوله عليه السلام من حلف بطلاق او عتاق وقال
ان شاء الله متصلا به لا حنث عليه ولانه اتى بصورة الشرط فيكون تعليقا من هذا الوجه وانه اعدام
قبل الشرط والشرط لا يعلم ههنا فيكون اعداما من الاصل ولهذا يشترط ان يكون متصلا به بمنزلة

سائر الشروط ولو سكت ثبت حكم الكلام الاول فيكون الاستثناء او ذكر الشرط بعده رجوعا
عن الاول وكذا اذا ماتت قبل قوله ان شاء الله لان بالاستثناء خرج الكلام من ان يكون ايجابا
والموت ينافي الموجب دون المبطل بخلاف ما اذا مات الزوج لانه لم يتصل به الاستثناء
وان قال انت طالق ثلاثا الا واحدة طلقت ثنتين وان قال الا ثنتين طلقت واحدة
والاصل ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا هو الصحيح ومعناه انه تكلم بالمستثنى منه اذ لا فرق
بين القائل لفلان علي درهم وبين قوله عشرة الا تسعة فيصح استثناء البعض من الجملة لانه
يبقى التكلم بالبعض بعده ولا يصح استثناء الكل من الكل لانه لا يبقى بعده شيء ليصير متكلما به
وصارفا للفظ اليه وانما يصح الاستثناء اذا كان موصولا به كما ذكرناه من قبل واذا ثبت هذا ففي الفصل
الاول المستثنى منه ثنتان فيقعان وفي الثاني واحدة فيقع واحدة ولو قال الا ثلاثا
يقع الثلاث لانه استثناء الكل من الكل فلم يصح الاستثناء باب طلاق المريض واذا طلق الرجل
امراته في مرض موته طلاقا بائنا فمات وهي في العدة ورثته وان مات بعد انقضاء عدتها فلا ميراث
لها وقال الشافعي رح لا ترث في الوجهين لان الزوجية قد بطلت بهذا العارض وهي السبب ولهذا
لا يرثها اذا ماتت ولنا ان الزوجية سبب ارثها في مرض موته والزوج قصد ابطاله فيرد
عليه قصده بتاخير عمله الى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها وقد امكن لان النكاح في العدة
يبقى في حق بعض الاثار فجاز ان يبقى في حق ارثها عنه بخلاف ما بعد الانقضاء لانه لا امكان و
الزوجية في هذه الحالة ليست بسبب لارثه عنها فتبطل في حقه خصوصا اذا رضي به وان طلقها
ثلاثا بامرها او قال لها اختاري فاختارت نفسها او اختلعت منه ثم مات وهي في العدة
لم ترثه لانها رضيت بابطال حقها والتاخير لحقها ولو قالت طلقني للرجعة فطلقها ثلاثا ورثته
لان الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح فلم تكن بسؤالها راضية ببطلان حقها وان قال لها في
مرضه كنت طلقتك ثلاثا في صحتي وانقضت عدتك فصدقته ثم اقر لها بدين او اوصى لها
بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث عند ابي حنيفة رح وقالا يجوز اقراره ووصيته وان
طلقها ثلاثا في مرضه بامرها ثم اقر لها بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث
في قولهم جميعا الا على قول زفر رح فان لها جميع ما اوصى وما اقر لان الميراث لما بطل بسؤالها
زال المانع من صحة الاقرار والوصية وجه قولهما في المسئلة الاولى انهما لما تصادقا على الطلاق
وانقضاء العدة صارت اجنبية عنه فانعدمت التهمة الا ترى انه يقبل شهادته لها ويجوز

وضع

وتزوج اختها الخ

وضع الزكوة فيها بخلاف المسئلة الثانية لان العدة باقية وهي سبب التهمة والحكم يدار
على دليل التهمة ولهذا يدار على النكاح والقرابة ولا عدة في المسئلة الاولى ولابي حنيفة
رح في المسئلتين ان التهمة قائمة لان المراة قد تختار الطلاق لينفتح باب الاقرار والوصية عليها
فيزيد حقها والزوجان قد يتواضعان على الاقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها الزوج
بماله زيادة على ميراثها وهذه التهمة في الزيادة فرددناها ولا تهمة في قدر الميراث فصححناه
ولا مواضعة عادة في حق الزكوة والتزوج والشهادة فلا تهمة في حق هذه الاحكام قال
ومن كان محصورا او في صف القتال فطلق امراته ثلاثا لم ترثه وان كان قد بارز رجلا او
قدم ليقتل في قصاص او رجم ورثت ان مات في ذلك الوجه او قتل واصله ما بيناه
ان امراة الفار ترث استحسانا وانما يثبت حكم الفرار بتعلق حقها بماله وانما يتعلق بمرض
يخاف منه الهلاك غالبا كما اذا كان صاحب الفراش وهو ان يكون بحال لا يقوم بحوائجه
كما يعتاده الاصحاء وقد يثبت بما هو في معنى المرض في توجه الهلاك الغالب وما يكون الغالب
منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار فالمحصور والذي في صف القتال الغالب منه السلامة
لان الحصن لدفع باس العدو وكذا المنعة فلا يثبت به حكم الفرار والذي بارز او قدم ليقتل
الغالب منه الهلاك فيتحقق به الفرار ولهذه اخوات تخرج على هذا الحرف وقوله اذا مات في ذلك الوجه
او قتل دليل على انه لا فرق بين اذا مات بذلك السبب او بسبب اخر كصاحب الفراش بسبب
المرض اذا قتل واذا قال الرجل لامراته وهو صحيح اذا جاء راس الشهر او اذا دخلت الدار او اذا
صلى فلان الظهر او اذا دخل فلان الدار فانت طالق فكانت هذه الاشياء والزوج مريض
فانت طالق فكانت هذه الاشياء والزوج مريض لم ترث وان كان القول في المرض
ورثت الا في قوله اذا دخلت الدار وهذا على وجوه اما ان يعلق الطلاق بمجيء الوقت او بفعل
نفسه او بفعل المراة وكل وجه على وجهين اما ان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض او
كلاهما في المرض اما الوجهان الاولان وهو ما اذا كان التعليق بمجيء الوقت بان قال اذا جاء راس
الشهر فانت طالق او بفعل الاجنبي بان قال اذا دخل فلان الدار او صلى فلان الظهر فان
كان التعليق والشرط في المرض فلها الميراث لان القصد الى الفرار قد تحقق منه بمباشرته في حال تعلق حقها
بماله وان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض لم ترث وقال زفر رح ترث
لان المعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز فكان ايقاعا في المرض ولنا ان التعليق

الى ان يصير تطليقا عند الشرط حكما لا قصدا ولا ظلم الا عن قصد فلا يرد تصرفه واما الوجه الثالث
وهو ما اذا علقه بفعل نفسه فسواء كان التعليق في الصحة والشرط في المرض او كانا في المرض والفعل
ماله منه بد ولا بد له منه يصير فارا لوجود قصد الابطال اما بالتعليق او بمباشرة الشرط في المرض
وان لم يكن له من فعل الشرط بد فله من التعليق الف بد فيرد تصرفه دفعا للضرر عنها واما الوجه
الرابع وهو ما اذا علقه بفعلها فان كان التعليق والشرط في المرض والفعل مما لها منه بد ككلام
زيد ونحوه لم ترث لانها راضية بذلك وان كان الفعل لا بد لها منه كاكل الطعام وصلوة الظهر
وكلام الابوين فلها الميراث لانها مضطرة في المباشرة لما لها في الامتناع من خوف الهلاك
في الدنيا او في العقبى ولا رضا مع الاضطرار واما اذا كان التعليق في الصحة ان كان الفعل مما لها
منه بد فلا اشكال انه لا ميراث لها وان كان مما لا بد لها منه فكذلك عند محمد رح وهو قول زفر
رح لانه لم يوجد من الزوج صنع بعد تعلق حقها بماله وعند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح ترث
لان الزوج الجأها الى المباشرة فينتقل الفعل اليه كانها آلة كما في الاكراه قال واذا طلقها ثلاثا وهو
مريض ثم صح ثم مات لم ترث وقال زفر رح ترث لانه قصد الفرار حين اوقع في المرض وقد مات
وهي في العدة ولكنا نقول المرض اذا تعقبه برء فهو بمنزلة الصحة لانه ينعدم به مرض الموت فتبين
انه لا حق لها يتعلق بماله فلا يصير الزوج فارا ولو طلقها فارتدت والعياذ بالله ثم اسلمت
ثم مات من مرضه وهي في العدة لم ترث وان لم ترتد بل طاوعت ابن الزوج في الجماع ورثت
ووجه الفرق انها بالردة ابطلت اهلية الارث اذ المرتد لا يرث احدا ولا بقاء له بدون الاهلية
وبالمطاوعة ما ابطلت الاهلية لان المحرمية لا تنافي الارث وهو الباقي بخلاف ما اذا طاوعت
في حال قيام النكاح لانها تثبت الفرقة فتكون راضية ببطلان السبب وبعد الطلقات الثلاث
لا تثبت الحرمة بالمطاوعة لتقدمها عليها فافترقا ومن قذف امراته وهو صحيح ولاعن في المرض ورثت
وقال محمد رح لا ترث وان كان القذف في المرض ورثت في قولهم جميعا وهذا ملحق بالتعليق بفعل
لا بد لها منه اذ هي ملجأة الى الخصومة لدفع عار الزنا عن نفسها وقد بينا الوجه فيه وان آلى
وهو صحيح ثم بانت بالايلاء وهو مريض لم ترث وان كان الايلاء ايضا في المرض ورثت
لان الايلاء في معنى تعليق الطلاق بمضي اربعة اشهر خالية عن الوقاع فيكون ملحقا بالتعليق
بمجيء الوقت وقد ذكرنا وجهه قال والطلاق الذي يملك فيه الرجعة ترث به في جميع الوجوه
لما بينا انه لا يزيل النكاح حتى يحل الوطء فكان السبب قائما قال وكل ما ذكرنا انها

ترث

ترث انما ترث اذا مات وهي في العدة وقد بيناه

باب الرجعة

اذا طلق الرجل امرأته
تطليقة واحدة رجعية او تطليقتين فله ان يراجعها في عدتها رضيت بذلك او لم ترض لقوله
تعالى فامسكوهن بمعروف من غير فصل فلا بد من قيام العدة لان الرجعة استدامة الملك الا
يرى انه سمى امساكا وهو الابقاء وانما يتحقق الاستدامة في العدة لانه لا ملك بعد انقضائها
والرجعة ان يقول راجعتك او راجعت امرأتي وهذا صريح في الرجعة ولا خلاف بين الامة قال
او يطأها او يقبلها او يلمسها بشهوة او ينظر الى فرجها بشهوة وهذا عندنا وعند الشافعي رح
لا تصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح حتى يحرم وطؤها وعندنا
هو استدامة على ما بيناه وسنقرره ان شاء الله تعالى والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة كما
في اسقاط الخيار والدلالة فعل يختص بالنكاح وهذه الافاعيل تختص به خصوصا في الحرة بخلاف المس
والنظر بغير شهوة لانه قد يحل بدون النكاح كما في القابلة والطبيب وغيرهما والنظر الى غير الفرج
قد يقع بين المساكنين والزوج يساكنها في العدة فلو كان رجعة لطلقها فيطول العدة عليها
قال ويستحب ان يشهد على الرجعة شاهدين وان لم يشهد صحت الرجعة وقال الشافعي رح في
احد قوليه لا تصح وهو قول مالك رح لقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم والامر للايجاب
ولنا اطلاق النصوص عن قيد الاشهاد (وهو قوله تعالى فامسكوهن بمعروف) ولانه استدامة للنكاح والشهادة ليست شرطا فيه
في حالة البقاء كما في الفيء في الايلاء الا انها تستحب لزيادة الاحتياط كيلا يجري التناكر فيها وما تلاه
محمول عليه الا ترى انه قرنها بالمفارقة وهو فيها مستحب ويستحب ان يعلمها كيلا تقع في المعصية
واذا انقضت العدة فقال قد كنت راجعتها في العدة فصدقته فهي رجعة وان كذبته فالقول قولها
لانه اخبر عما لا يملك انشاءه في الحال فكان متهما الا ان بالتصديق ترتفع التهمة ولا يمين عليها
عند ابي حنيفة وهي مسألة الاستحلاف في الاشياء الستة وقد مر في كتاب النكاح واذا قال الزوج
قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي لم تصح الرجعة عند ابي حنيفة رح وقالا تصح الرجعة
لانها صادفت العدة اذ هي باقية ظاهرا الى ان تخبر وقد سبقته الرجعة ولهذا لو قال لها
طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي يقع الطلاق ولابي حنيفة رح انها صادفت حالة
الانقضاء لانها امينة في الاخبار عن الانقضاء فاذا اخبرت دل ذلك على سبق الانقضاء
واقرب احواله حال قول الزوج ومسألة الطلاق على الخلاف ولو كانت على الاتفاق فالطلاق
يقع باقراره بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت به واذا قال زوج الامة بعد انقضاء العدة

قد كنت راجعتها في العدة وصدقه المولى وكذبته الامة فالقول قولها عند ابي حنيفة رح وقالا القول
قول المولى لان بضعها مملوك له فقد اقر بما هو خالص حقه للزوج فشابه الاقرار عليها بالنكاح
وهو يقول حكم الرجعة يبتني على العدة والقول في العدة قولها فكذا فيما يبتني عليها ولو كان على
القلب فعندهما القول قول المولى وكذا عنده في الصحيح لانها منقضية العدة في الحال وقد ظهر ملك المتعة
للمولى فلا يقبل قولها في ابطاله بخلاف الوجه الاول لان المولى بالتصديق في الرجعة مقر بقيام العدة
عندها ولا يظهر ملكه مع العدة وان قالت قد انقضت عدتي وقال الزوج والمولى لم تنقض فالقول
قولها لانها امينة في ذلك اذ هي العالمة به واذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة لعشرة ايام انقطعت
الرجعة وان لم تغتسل وان انقطع لاقل من عشرة ايام لم تنقطع الرجعة حتى تغتسل او يمضي عليها وقت
صلوة لان الحيض لا مزيد له على العشرة فبمجرد الانقطاع خرجت من الحيض فانقضت العدة وانقطعت
الرجعة وفيما دون العشرة يحتمل عود الدم فلا بد ان يعتضد الانقطاع بحقيقة الاغتسال او بلزوم حكم
من احكام الطاهرات بمضي وقت الصلوة بخلاف ما اذا كانت كتابية لانه لا يتوقع في حقها امارة زائدة
فاكتفي بالانقطاع وتنقطع اذا تيممت وصلت عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وهذا استحسان وقال
محمد رح اذا تيممت انقطعت الرجعة وهذا قياس لان التيمم حال عدم الماء طهارة مطلقة
حتى يثبت به من الاحكام ما يثبت بالاغتسال فكان بمنزلته ولهما انه ملوث غير مطهر وانما اعتبر طهارة ضرورة
ان لا تتضاعف الواجبات وهذه الضرورة تتحقق حال اداء الصلوة لا فيما قبلها من الاوقات
والاحكام الثابتة ايضا ضرورية اقتضائية ثم قيل تنقطع بنفس الشروع عندهما وقيل بعد الفراغ ليتقرر
حكم جواز الصلوة واذا اغتسلت ونسيت شيئا من بدنها لم يصبه الماء فان كان عضوا فما
فوقه لم تنقطع الرجعة وان كان اقل من عضو انقطعت قال رضي الله عنه وهذا استحسان والقياس في العضو
الكامل ان لا تبقى الرجعة لانها غسلت الاكثر والقياس فيما دون العضو ان تبقى لان حكم الجنابة و
الحيض لا يتجزى وجه الاستحسان وهو الفرق ان ما دون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن
بعدم وصول الماء اليه فقلنا تنقطع الرجعة ولا تحل لها التزوج اخذا بالاحتياط فيهما بخلاف
العضو الكامل لانه لا يتسارع اليه الجفوف ولا يغفل عنه عادة فافترقا وعن ابي يوسف رح ان ترك
المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل وعنه وهو قول محمد رح هو بمنزلة ما دون العضو لان
في فرضيته اختلافا بخلاف غيره من الاعضاء ومن طلق امرأته وهي حامل او ولدت منه وقال لم
اجامعها فله الرجعة لان الحبل متى ظهر في مدة يتصور ان يكون منه جعل منه لقوله ص الولد للفراش

وذلك دليل الوطئ منه وكذا اذا ثبت نسب الولد منه جعل واطئا واذا ثبت الوطئ تأكد
الملك والطلاق في ملك متأكد يعقب الرجعة ويبطل زعمه بتكذيب الشرع الا يرى انه يثبت
بهذا الوطئ الاحصان فلأن يثبت الرجعة اولى وتأويل مسئلة الولادة ان تلد قبل
الطلاق لانها لو ولدت بعده تنقضي العدة بالولادة فلا تتصور الرجعة فان خلا بها واغلق
بابا وارخى سترا وقال لم اجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة لان تأكد الملك بالوطئ
وقد اقر بعدمه فيصدق في حق نفسه والرجعة حقه ولم يصر مكذبا شرعا لان تأكد المهر
المسمى يبتني على تسليم المبدل لا على القبض بخلاف الفصل الاول فان راجعها معناه بعد
ما خلا بها وقال لم اجامعها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة لانه يثبت
النسب منه اذ هي لم تقر بانقضاء العدة والولد يبقى في البطن هذه المدة فانزل واطئا
ما بعده لان على اعتبار الثاني يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطئ قبله فيحرم الوطئ والمسلم
فان قال لها اذا ولدت فانت طالق فولدت ثم اتت بولد آخر فهي رجعة معناه من بطن
آخر وهو ان يكون بعد ستة اشهر وان كان اكثر من سنتين اذا لم تقر بانقضاء العدة لانه وقع
الطلاق عليها بالولد الاول ووجبت العدة فيكون الولد الثاني من علوق حادث منه في العدة
لانها لم تقر بانقضاء العدة فيصير مراجعا وان قال كلما ولدت ولدا فانت طالق فولدت ثلاثة
اولاد في بطون مختلفة فالولد الثاني رجعة وكذلك الولد الثالث لانها اذا جاءت بالاول
وقع الطلاق وصارت معتدة وبالثاني صار مراجعا لما بينا انه يجعل العلوق بوطئ حادث
في العدة ويقع الطلاق الثاني بولادة الولد الثاني لان اليمين معقودة بكلمة كلما ووجبت العدة
وبالولد الثالث صار مراجعا لما ذكرنا ووقعت الطلقة الثالثة بولادة الثالث ووجبت العدة
بالاقراء لانها حائل من ذوات الحيض حين وقع الطلاق والمطلقة الرجعية تتشوف وتتزين
لانها حلال للزوج اذ النكاح قائم بينهما ثم الرجعة مستحبة والتزين حامل عليها فيكون مشروعا ويستحب
لزوجها ان لا يدخل عليها حتى يؤذنها او يسمعها خفق نعليه معناه اذا لم يكن من قصده المراجعة لانها ربما
تكون متجردة فيقع بصره على موضع يصير به مراجعا ثم يطلقها فتطول العدة عليها وليس له ان يسافر
بها حتى يشهد على رجعتها وقال زفر رح له ذلك لقيام النكاح ولهذا له ان يغشاها عندنا ولنا
قوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن الاية ولان تراخي عمل المبطل لحاجته الى المراجعة فان لم يراجعها
حتى انقضت العدة ظهر انه لا حاجة فتبين ان المبطل عمل عمله من وقت وجوده ولهذا تحتسب

الا قراء في العدة فلم يملك الزوج الافراج الا ان يشهد على رجعتها فيبطل العدة ويتقرر ملك الزوج
وقوله حتى يشهد على رجعتها معناه الاستحباب على ما قدمناه والطلاق الرجعي لا يحرم الوطي وقال الشافعي
يحرم لان الزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق ولنا انها قائمة حتى يملك مراجعتها من غير رضاها
لان حق الرجعة يثبت نظرا للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم وهذا المعنى يوجب استبداده
به وذلك يؤذن بكونه استدامة لا انشاء اذ الدليل ينافيه والقاطع اخر عمله الى مدة اجماعا
او نظرا له على ما تقدم فصل فيما تحل به المطلقة واذا كان الطلاق باينا دون الثلاث فله ان يتزوجها
في العدة وبعد انقضائها لان حل المحلية باق لان زواله معلق بالطلقة الثالثة فينعدم قبلها ومنع
الغير في العدة لاشتباه النسب ولا اشتباه في اطلاقه وان كان الطلاق ثلثا في الحرة او ثنتين
في الامة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها او يموت عنها والاصل فيه قوله تعالى
فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والمراد الطلقة الثالثة والثنتان في الامة كالثلاث
في الحرة لان الرق منصف لحل المحلية على ما عرف ثم الغاية نكاح الزوج مطلقا والزوجية المطلقة انما
تثبت بنكاح صحيح وشرط الدخول ثبت باشارة النص وهو ان يحمل النكاح على الوطي حملا للكلام
على الافادة دون الاعادة اذ العقد استفيد باطلاق اسم الزوج او يزاد على النص بالحديث المشهور
وهو قوله عليه السلام لا تحل للاول حتى تذوق عسيلة الاخر روي بروايات ولا خلاف لاحد فيه سوى سعيد بن المسيب
رحمه الله وقوله غير معتبر حتى لو قضى به القاضي لا ينفذ قضاؤه والشرط الايلاج دون الانزال لانه
كمال ومبالغة فيه والكمال قيد زائد والصبي المراهق في التحليل كالبالغ لوجود الدخول في نكاح صحيح وهو الشرط
ومالك يخالفنا فيه والحجة عليه ما بيناه وفسره في الجامع الصغير وقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع
جامع امرأته وجب عليها الغسل واحلها للزوج الاول ومعنى هذا الكلام ان تتحرك آلته ويشتهي
وانما وجب عليها الغسل لالتقاء الختانين وهو سبب لنزول مائها والحاجة الى الايجاب في حقها
اما لا غسل على الصبي وان كان يؤمر به تخلقا ووطي المولى امته لا يحلها لان الغاية نكاح
الزوج واذا تزوجها بشرط التحليل فالنكاح مكروه لقوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له وهذا هو
محمله فان طلقها بعد ما وطئها حلت للاول لوجود الدخول في نكاح صحيح اذ النكاح لا يبطل
بالشرط وعن ابي يوسف رح انه يفسد النكاح لانه في معنى الموقت فيه ولا يحلها الاول لفساده
وقال محمد رح انه يصح النكاح لما بينا ولا يحلها على الاول لانه استعجل ما اخره الشرع فيجازى
بمنع مقصوده كما في قتل المورث فان طلقها بعد ما وطئها حلت للاول لان النكاح شرع مؤبدا واذا طلق الحرة

تطليقة او تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر ثم عادت الى الزوج الاول عادت
بثلاث تطليقات ويهدم الزوج الثاني الطلقة والطلقتين كما يهدم الثلاث وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يهدم ما دون الثلاث لانه غاية للحرمة بالنص فيكون منهيا ولا انهاء
للحرمة قبل الثبوت ولهما قوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له سماه محللا وهو المثبت للحل واذا طلقها ثلاثا
فقالت قد انقضت عدتي وتزوجت ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت عدتي والمدة تحتمل
ذلك جاز للزوج ان يصدقها اذا كان في غالب ظنه انها صادقة لانه معاملة او امر ديني
لتعلق الحل به وقول الواحد فيها مقبول وهو غير مستنكر اذا كانت المدة تحتمله واختلفوا في ادنى
هذه المدة وسنبينها في باب العدة ان شاء الله تعالى باب الايلاء اذا قال الرجل لامرأته والله
لا اقربك اربعة اشهر فهو مول لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر الاية فان وطئها في الاربعة الاشهر
حنث في يمينه ولزمته الكفارة لان الكفارة موجب الحنث وسقط الايلاء لان اليمين ترتفع بالحنث
وان لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت منه بتطليقة وقال الشافعي رح تبين بتفريق القاضي
لانه مانع حقها في الجماع فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة ولنا انه ظلمها بمنع حقها
فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة وهو الماثور عن عثمان وعلي رض والعبادلة
الثلاثة وزيد بن ثابت رضي الله عنهم اجمعين وكفى بهم قدوة ولانه كان طلاقا في الجاهلية فحكم
الشرع بتاجيله الى انقضاء المدة وان كان حلف على اربعة اشهر فقد سقط اليمين لانها كانت موقتة
به وان كان حلف على الابد فاليمين باقية لانها مطلقة ولم يوجد الحنث لترتفع به الا انه لا يتكرر
قبل التزوج لانه لم يوجد منع الحق بعد البينونة فان عاد فتزوجها عاد الايلاء فان وطئها والا
وقعت بمضي اربعة اشهر اخرى لان اليمين باقية لاطلاقها وبالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم ويعتبر
ابتداء هذا الايلاء من وقت التزوج فان تزوجها ثالثا عاد الايلاء ووقعت بمضي اربعة اشهر اخرى
ان لم يقربها لما بينا فان تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الايلاء طلاق لتقيده بطلاق
هذا الملك وهي فرع مسئلة التنجيز الخلافية وقد مر من قبل واليمين باقية لاطلاقها وعدم الحنث
فان وطئها كفر عن يمينه لوجود الحنث فان حلف على اقل من اربعة اشهر لم يكن موليا لقول ابن عباس رضي الله
عنهما لا ايلاء فيما دون اربعة اشهر ولان الامتناع عن قربانها في اكثر المدة بلا مانع وبمثله
لا يثبت حكم الطلاق فيه ولو قال والله لا اقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مول
لانه جمع بينهما بحرف الجمع فصار كجمعه بلفظ الجمع ولو مكث يوما ثم قال والله لا اقربك شهرين بعد

الطلاق م

بعد الشهرين الاولين لم يكن موليا لان الثاني ايجاب مبتدأ وقد صار ممنوعا بعد اليمين
الاولى شهرين وبعد الثانية اربعة الا يوما مكث فيه فلم يتكامل مدة المنع ولو قال
والله لا اقربك سنة الا يوما لم يكن موليا خلافا لزفر هو يصرف الاستثناء الى آخرها
اعتبارا بالاجارة فتمت مدة المنع ولنا ان المولي من لا يمكنه القربان اربعة اشهر الا
بشيء يلزمه ويمكنه ههنا لان المستثنى يوم منكر بخلاف الاجارة لان الصرف الى الآخر
لتصحيحها فانها لا تصح مع التنكير ولا كذلك اليمين ولو قربها في يوم والباقي اربعة اشهر او اكثر صار
موليا لسقوط الاستثناء ولو قال وهو بالبصرة والله لا ادخل الكوفة وامرأته بها لم يكن
موليا لانه يمكنه القربان من غير شيء يلزمه بالاخراج من الكوفة قال ولو حلف بحج او بصوم
او بصدقة او بعتق او بطلاق فهو مول لتحقق المنع باليمين وهو ذكر الشرط والجزاء وهذه الاجزية
مانعة لما فيها من المشقة وصورة الحلف بالعتق ان يعلق بقربانها عتق عبده وفيه خلاف
ابي يوسف رح فانه يقول يمكنه البيع ثم القربان فلا يلزمه شيء وهما يقولان ان البيع موهوم
فلا يمنع المانعية فيه والحلف بالطلاق ان يعلق بقربانها طلاقها او طلاق صاحبتها وكل ذلك
مانع وان آلى من المطلقة الرجعية كان موليا وان آلى من البائنة لم يكن موليا لان الزوجية
قائمة في الاولى دون الثانية ومحل الايلاء من تكون من نسائنا بالنص فلو انقضت العدة قبل
انقضاء مدة الايلاء سقط الايلاء لفوات المحلية ولو قال لاجنبية والله لا اقربك او انت
علي كظهر امي ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا لان الكلام في مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية
فلا ينقلب صحيحا بعد ذلك وان قربها كفر لتحقق الحنث اذ اليمين منعقدة في حقه ومدة ايلاء الامة
شهران لان هذه مدة ضربت اجلا للبينونة فتتنصف بالرق كمدة العدة وان كان المولي
مريضا لا يقدر على الجماع او كانت مريضة او رتقاء او صغيرة لا تجامع او كانت بينهما مسافة لا يقدر
ان يصل اليها في مدة الايلاء ففيئه ان يقول بلسانه فئت اليها فان قال ذلك سقط الايلاء
وقال الشافعي رح لا فيء الا بالجماع واليه ذهب الطحاوي رح لانه لو كان فيئا لكان حنثا ولنا
انه آذاها بذكر المنع فيكون ارضاؤها بالوعد باللسان واذا ارتفع الظلم لا يجازى بالطلاق
ولو قدر على الجماع في المدة بطل ذلك الفيء وكان فيئه الجماع لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود
بالخلف واذا قال لامرأته انت علي حرام سئل عن نيته فان قال اردت به الكذب فهو كما قال
لانه نوى حقيقة كلامه وقيل لا يصدق في القضاء لانه يمين ظاهرا وان قال اردت به الطلاق

فهو

فهو تطليقة بائنة الا ان ينوي الثلث وقد ذكرناه في الكنايات وان قال اردت به الظهار فهو ظهار
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح ليس بظهار لانعدام التشبيه بالمحرمة وهو الركن فيه ولهما
انه اطلق الحرمة وفي الظهار نوع حرمة والمطلق يحتمل المقيد وان قال اردت التحريم او لم ارد به
شيئا فهو يمين يصير به موليا لان الاصل في تحريم الحلال انما هو اليمين عندنا وسنذكره في الايمان ان شاء الله تعالى
ومن المشايخ من يصرف لفظ التحريم الى الطلاق من غير نية بحكم العرف باب الخلع اذا تشاق الزوجان
وخافا ان لا يقيما حدود الله فلا بأس بان تفتدي نفسها منه بمال يخلعها به لقوله تعالى فلا جناح عليهما
فيما افتدت به فاذا فعل ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة ولزمها المال لقوله عليه السلام الخلع تطليقة بائنة
ولانه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات والواقع بالكناية بائن الا ان ذكر المال اغنى عن النية
ههنا ولانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها وذلك بالبينونة وان كان النشوز من قبله يكره
له ان يأخذ منها عوضا لقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج الى ان قال فلا تأخذوا منه
شيئا ولانه اوحشها بالاستبدال فلا يزيد في وحشتها باخذ المال وان كان النشوز منها كرهنا
له ان يأخذ اكثر مما اعطاها وفي رواية الجامع الصغير طاب الفضل ايضا لاطلاق ما تلونا
بدءا ووجه الاخرى قوله عليه السلام في امرأة ثابت بن قيس بن شماس اما الزيادة فلا وقد كان
النشوز منها ولو اخذ الزيادة جاز في القضاء وكذلك اذا اخذ والنشوز منه لان مقتضى ما تلونا
شيئان الجواز حكما والاباحة وقد ترك العمل به في حق الاباحة لمعارض فبقي معمولا في حق الباقي
وان طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق ولزمها المال لان الزوج يستبد بالطلاق تنجيزا
وتعليقا وقد علقه بقبولها والمرأة تملك التزام المال لولايتها على نفسها وملك النكاح
مما يجوز الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كالقصاص وكان الطلاق بائنا لما بينا ولانه معاوضة
المال بالنفس وقد ملك الزوج احد البدلين فتملك هي الآخر وهي النفس تحقيقا للمساواة قال
وان بطل العوض في الخلع مثل ان يخالع المسلم على خمر او خنزير او ميتة فلا شيء للزوج والفرقة
بائنة وان بطل العوض في الطلاق كان رجعيا فوقوع الطلاق في الوجهين للتعليق بالقبول
وافتراقهما في الحكم لانه لما بطل العوض كان العامل في الاول لفظ الخلع وهو كناية وفي الثاني الصريح
وهو يعقب الرجعة وانما لم يجب للزوج شيء عليها لانها ما سمت مالا متقوما حتى تصير غارة له
ولانه لا وجه الى ايجاب المسمى للاسلام ولا الى ايجاب غيره لعدم الالتزام بخلاف ما اذا خالع على
خل بعينه فظهر خمرا لانها سمت مالا فصار مغرورا وبخلاف ما اذا كاتب او اعتق على خمر حيث

عن النية

يجب القيمة لان ملك المولى فيه متقوم وما رضي بزواله مجانا اما ملك البضع في حالة الخروج غير متقوم
على ما نذكر بخلاف النكاح لان البضع في حالة الدخول متقوم والفقه فيه انه شريف فلم يشرع
تملكه الا بعوض اظهارا لشرفه فاما الاسقاط فنفسه شرف فلا حاجة الى ايجاب المال قال وما جاز
ان يكون مهرا جاز ان يكون بدلا في الخلع لان ما يصلح عوضا للمتقوم اولى ان يصلح لغير
المتقوم فان قالت له خالعني على ما في يدي فخالعها فلم يكن في يدها شيء فلا شيء له عليها لانها
لم تغره بتسمية المال وان قالت خالعني على ما في يدي من مال فخالعها فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها
لانها لما سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال الا بعوض ولا وجه الى ايجاب المسمى وقيمته
للجهالة ولا الى قيمة البضع اعني مهر المثل لانه غير متقوم حالة الخروج فتعين ايجاب ما قام به على الزوج
دفعا للضرر عنه ولو قالت خالعني على ما في يدي من الدراهم او من دراهم ففعل فلم يكن في يدها شيء
فعليها ثلثة دراهم لانها سمت الجمع واقله ثلثة وكلمة من هنا للصلة دون التبعيض لان الكلام يختل
بدونه فان اختلعت على عبد لها آبق على انها بريئة من ضمانه لم تبرأ وعليها تسليم عينه ان قدرت
وتسليم قيمته ان عجزت لانه عقد المعاوضة فيقتضي سلامة العوض واشتراط البراءة عنه شرط
فاسد فيبطل الا ان الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة وعلى هذا النكاح واذا قالت طلقني
ثلثا بالف فطلقها واحدة فعليها ثلث الالف لانها لما طلبت الثلث بالف فقد طلبت كل
واحدة بثلث الالف وهذا لان حرف الباء يصحب الاعواض والعوض ينقسم على المعوض والطلاق
باين لوجوب المال وان قالت طلقني ثلثا على الف فطلقها واحدة فلا شيء عليها عند ابي حنيفة
ويملك الرجعة وقالا هي واحدة باينة بثلث الالف لان كلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات حتى
ان قولهم احمل هذا الطعام بدرهم وعلى درهم سواء وله ان كلمة على للشرط قال الله تعالى يبايعنك
على ان لا يشركن بالله شيئا ومن قال لامرأته انت طالق على ان تدخلي الدار كان شرطا وهذا لانه
للزوم حقيقة واستعير للشرط لانه يلازم الجزاء واذا كان للشرط فالمشروط لا يتوزع على اجزاء الشرط
بخلاف الباء لانه للعوض على ما مر واذا لم يجب المال كان مبتدئا فوقع ويملك الرجعة ولو قال
الزوج طلقي نفسك ثلثا بالف او على الف فطلقت نفسها واحدة لم يقع شيء لان الزوج
ما رضي بالبينونة الا ليسلم له الالف كلها بخلاف قولها طلقني ثلثا بالف لانها لما رضيت بالبينونة
بالف كانت ببعضها ارضى ولو قال انت طالق على الف فقبلت طلقت وعليها الالف
وهو كقوله انت طالق بالف ولا بد من القبول في الوجهين لان معنى قوله بالف بعوض يجب

لي عليك ومعنى قوله على الف على شرط الف يكون لي عليك والعوض لا يجب بدون قبوله
والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده والطلاق باين لما قلنا ولو قال لامرأته انت طالق
وعليك الف فقبلت او قال لعبده انت حر وعليك الف فقبل عتق العبد وطلقت المرأة
ولا شيء عليهما عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا اذا لم يقبلا وقالا على كل واحد منهما الالف اذا قبل
واذا لم يقبل لا يقع الطلاق والعتاق ولهما ان هذا الكلام يستعمل في المعاوضة فان قولهم احمل
هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم بدرهم وله انه جملة تامة فلا ترتبط بما قبله الا بدلالة اذ الاصل
فيها الاستقلال ولا دلالة لان الطلاق والعتاق ينفكان عن المال بخلاف البيع والاجارة لانهما
لا يوجدان دونه ولو قال انت طالق على الف على اني بالخيار او على انك بالخيار ثلثة ايام فقبلت
فالخيار باطل اذا كان للزوج وهو جائز اذا كان للمرأة وان ردت الخيار في الثلث بطل وان
لم ترد طلقت ولزمها الالف وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا الخيار باطل في الوجهين والطلاق
واقع وعليها الف درهم لان الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد والتصرفان لا
يحتملان الفسخ من الجانبين لانه في جانبه يمين ومن جانبها شرط ولابي حنيفة رح ان الخلع في
جانبها بمنزلة البيع حتى يصح رجوعها ولا يتوقف على ما وراء المجلس فيصح الخيار فيه اما في جانبه
فيمين حتى لا يصح رجوعه عنه ويتوقف على ما وراء المجلس ولا خيار في الايمان وجانب العبد في العتاق مثل
جانبها في الطلاق ومن قال لامرأته طلقتك امس على الف درهم فلم تقبلي فقالت قبلت
فالقول قول الزوج ومن قال لغيره بعتك هذا العبد بالف درهم امس فلم تقبل فقال قبلت
فالقول قول المشتري ووجه الفرق ان الطلاق بالمال يمين من جانبه فالاقرار به لا يكون اقرارا
بالشرط لصحته بدونه اما البيع فلا يتم الا بالقبول فالاقرار به يكون اقرارا بما لا يتم الا به فانكاره
القبول رجوع عنه قال والمباراة كالخلع كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين
على الآخر مما يتعلق بالنكاح عند ابي حنيفة رح في المباراة ولمحمد رح ان هذه معاوضة وفي المعاوضات
يعتبر المشروط لا غير ولابي يوسف رح ان المباراة مفاعلة من البراءة فيقتضيها من الجانبين
وانه مطلق قيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض اما الخلع فمقتضاه الانخلاع وقد حصل في نفس
النكاح فلا ضرورة الى انقطاع الاحكام ولابي حنيفة رح ان الخلع ينبئ عن الفصل ومنه خلع النعل
وخلع العمل وهو مطلق كالمباراة فيعمل باطلاقهما في النكاح واحكامه وحقوقه ومن خلع ابنته وهي
صغيرة بمالها لم يجز عليها لانه لا نظر لها فيه اذ البضع في حالة الخروج غير متقوم والبدل متقوم

وقال محمد رحمه الله لا يسقط فيهما الا ما سمياه وابو يوسف رح معه في الخلع ومع ابي حنيفة رح في المباراة صح

بخلاف النكاح لان البضع متقوم عند الدخول ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث ونكاح المريض بمهر المثل
من جميع المال واذا لم يجز لا يسقط المهر ولا يستحق مالها ثم يقع الطلاق في رواية ولا يقع في رواية والاول
اصح لانه تعليق بشرط قبوله فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط وان خلعها على الف على انه ضامن فالخلع
واقع والالف عليه لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الاب اولى ولا يسقط مهرها لانه لم يدخل
تحت ولاية الاب وان شرط الالف عليها توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول فان قبلت
وقع الطلاق لوجود الشرط ولا يجب المال لانها ليست من اهل الغرامة وان قبله الاب عنها ففيه
روايتان وكذا ان خالعها على مهرها ولم يضمن المهر توقف على قبولها فان قبلت طلقت ولا يسقط المهر
وان قبل الاب عنها فعلى الروايتين وان ضمن الاب المهر وهو الف درهم طلقت لوجود قبوله وهو
الشرط ويلزمه خمسمائة استحسانا وفي القياس يلزمه الالف واصله في الكبيرة اذا اختلعت قبل الدخول
على الف ومهرها الف ففي القياس عليها خمسمائة زائدة وفي الاستحسان لا شيء عليها لانه يراد به عادة حاصل
ما يلزم لها

باب الظهار

واذا قال الرجل لامرأته انت علي كظهر امي فقد حرمت عليه لا يحل
له وطؤها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم الاية
الى ان قال فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا والظهار كان طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع اصله ونقل حكمه
الى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح وهذا لانه جناية لكونه منكرا من القول وزورا فيناسب
المجازاة عليها بالحرمة وارتفاعها بالكفارة ثم الوطء اذا حرم حرم بدواعيه كيلا يقع فيه كما في
الاحرام بخلاف الحائض والصائم لانه يكثر وجودهما فلو حرم الدواعي يفضي الى الحرج ولا كذلك الظهار
والاحرام وان وطئها قبل ان يكفر استغفر الله تعالى ولا شيء عليه غير الكفارة الاولى ولا يعاود
حتى يكفر لقوله عم للذي واقع في ظهاره قبل الكفارة استغفر الله ولا تعد حتى تكفر ولو كان شيء
آخر واجبا لنبه عليه قال وهذا اللفظ لا يكون الا ظهارا لانه صريح فيه ولو نوى به الطلاق لا يصح
لانه منسوخ فلا يتمكن من الاتيان به واذا قال انت علي كبطن امي او كفخذها او كفرجها فهو مظاهر
لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة وهذا المعنى يتحقق في عضو لا يجوز النظر اليه وكذا اذا شبهها
بمن لا يحل النظر اليها على التابيد من محارمه مثل اخته او عمته او امه من الرضاعة لانهن في التحريم المؤبد
كالام وكذلك ان قال رأسك علي كظهر امي او فرجك او وجهك او رقبتك او نصفك او ثلثك
لانه يعبر بها عن جميع البدن ويثبت الحكم في الشائع ثم يتعدى كما بيناه في الطلاق ولو قال
انت علي مثل امي او كامي يرجع الى نيته لينكشف حكم التشبيه وان قال اردت به الكرامة فهو

كما قال

كما قال لان التكريم بالتشبيه فاش في الكلام وان قال اردت الظهار فهو ظهار لانه تشبيه
بجميعها وفيه تشبيه بالعضو لكنه ليس بصريح فيفتقر الى النية وان قال اردت الطلاق فهو طلاق
بائن لانه تشبيه بالام في الحرمة فكانه قال انت علي حرام ونوى به الطلاق وان لم يكن له نية فليس
بشيء عند ابي حنيفة وابي يوسف رح لاحتمال الحمل على الكرامة وقال محمد رح يكون ظهارا لان التشبيه
بعضو منها لما كان ظهارا فالتشبيه بجميعها اولى وان عنى به التحريم لا غير فعند ابي يوسف رح هو ايلاء
ليكون الثابت به ادنى الحرمتين وعند محمد رح ظهار لان كاف التشبيه تختص به ولو قال انت علي حرام
كامي ونوى ظهارا او طلاقا فهو على ما نوى لانه يحتمل الوجهين الظهار لمكان التشبيه والطلاق لمكان
التحريم والتشبيه تاكيد له وان لم تكن له نية فعلى قول ابي يوسف رح ايلاء وعلى قول محمد رح ظهار
والوجهان بيناهما ولو قال انت علي حرام كظهر امي ونوى طلاقا او ايلاء لم يكن الا ظهارا
عند ابي حنيفة رح وقالا هو على ما نوى لان التحريم يحتمل كل ذلك على ما بينا غير ان عند محمد اذا نوى
الطلاق لا يكون ظهارا وعند ابي يوسف رح يكونان جميعا وقد عرف في موضعه ولابي حنيفة رح
انه صريح في الظهار فلا يحتمل غيره ثم هو محكم فيرد التحريم اليه قال ولا يكون الظهار الا من الزوجة حتى لو ظاهر
من امته لا يكون مظاهرا لقوله تعالى من نسائهم ولان الحل في الامة تابع فلا تلحق بالمنكوحة ولان الظهار
منقول عن الطلاق ولا طلاق في المملوكة فان تزوج امرأة بغير امرها ثم ظاهر منها ثم اجازت
النكاح فالظهار باطل لانه صادق في التشبيه وقت التصرف فلم يكن منكرا والظهار ليس
بحق من حقوقه حتى يتوقف عليه بخلاف اعتاق المشتري من الغاصب لانه من حقوق الملك ومن قال لنسائه
انتن علي كظهر امي كان مظاهرا منهن جميعا لانه اضاف الظهار اليهن فصار كما اذا اضاف الطلاق
اليهن وعليه لكل واحدة كفارة لان الحرمة تثبت في حق كل واحدة والكفارة لانهاء
الحرمة فتتعدد بتعددها بخلاف الايلاء منهن لان الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم ولم يتعدد
ذكر الاسم

فصل في الكفارة

وكفارة الظهار عتق رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين
فان لم يستطع فاطعام ستين مسكينا للنص الوارد فيه فانه يفيد الكفارة على هذا الترتيب قال
وكل ذلك قبل المسيس وهذا في الاعتاق والصوم ظاهر للتنصيص عليه وكذا في الاطعام لان
الكفارة فيه منهية للحرمة فلا بد من تقديمها على الوطء ليكون الوطء حلالا قال ويجزئ في العتق
الرقبة الكافرة والمسلمة والذكر والانثى والصغير والكبير لان اسم الرقبة ينطلق على هؤلاء
اذ هي عبارة عن الذات المرقوق المملوك من كل وجه والشافعي رحمه الله يخالفنا في الكافرة ويقول

في عدم الظهار في الامة

لنسائه

الكفارة حق الله تعالى فلا يجوز صرفها الى عدو الله كالزكوة ونحن نقول المنصوص عليه اعتاق
الرقبة وقد تحقق وقصده من الاعتاق التمكين من الطاعة ثم مقارفته المعصية يحال به الى سوء
اختياره ولا يجوز العمياء ولا المقطوعة اليدين او الرجلين لان الفائت جنس المنفعة وهو البصر
او البطش او المشي وهو المانع اما اذا اختلت المنفعة فهو غير مانع حتى يجوز العوراء ومقطوعة احدى
اليدين واحدى الرجلين من خلاف لانه ما فاتت جنس المنفعة بل اختلت بخلاف ما اذا كانتا مقطوعتين
من جانب واحد حيث لا يجوز لفوات جنس منفعة المشي وهو متعذر عليه ويجوز الاصم والقياس ان لا يجوز
وهو رواية النوادر لان الفائت جنس المنفعة الا انا استحسنا الجواز لان اصل المنفعة باق
فانه اذا صيح عليه يسمع حتى لو كان بحال لا يسمع بحال اصلا بان ولد اصم وهو الاخرس لا يجزيه ولا
مقطوع ابهامي اليدين لان قوة البطش بهما فبفواتهما يفوت جنس المنفعة ولا يجوز المجنون الذي
لا يعقل لان الانتفاع بالجوارح لا يكون الا بالعقل فكان فائت المنافع والذي يجن ويفيق
يجزيه لان الاختلال غير مانع ولا يجزي عتق المدبر وام الولد لاستحقاقهما الحرية بجهة
فكان الرق فيهما ناقصا وكذا المكاتب الذي ادى بعض المال لان اعتاقه يكون ببدل وعن ابي
حنيفة رحمه الله انه يجزيه لقيام الرق من كل وجه ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ بخلاف امومية الولد
والتدبير لانهما لا يحتملان الانفساخ فان اعتق مكاتبا لم يؤد شيئا جاز خلافا للشافعي رح
له انه استحق الحرية بجهة الكتابة فاشبه المدبر ولنا ان الرق قائم من كل وجه على ما بينا
لقوله عم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم والكتابة لا تنافيه فانه فك الحجر بمنزلة الاذن في التجارة
الا انه بعوض فيلزم من جانبه ولو كان مانعا ينفسخ مقتضى الاعتاق اذ هو يحتمله الا انه يسلم له الاكساب
والاولاد لان العتق في حق المحل بجهة الكتابة اولان الفسخ ضروري لا يظهر في حق الولد
والكسب فان اشترى اباه او ابنه ينوي بالشراء الكفارة جاز عنها خلافا للشافعي رحمه الله
وعلى هذا الخلاف كفارة اليمين والمسئلة تاتيك في كتاب الايمان ان شاء الله تعالى فان اعتق
نصف عبد مشترك وهو موسر فضمن قيمة باقيه لم يجز عند ابي حنيفة رح وقالا يجوز لانه يملك نصيب صاحبه
بالضمان فصار معتقا كل العبد عن الكفارة وهو ملكه بخلاف ما اذا كان المعتق معسرا لانه وجبت عليه
السعاية في نصيب الشريك فيكون اعتاقا بعوض ولابي حنيفة رح ان نصيب صاحبه ينتقص على
ملكه ثم يتحول اليه بالضمان ومثله يمنع الكفارة وان اعتق نصف عبده عن كفارته
ثم اعتق باقيه عنها جاز لانه اعتقه بكلامين والنقصان متمكن على ملكه بسبب الاعتاق

بجهة

بجهة الكفارة ومثله غير مانع كمن اضجع شاة للاضحية فاصاب السكين عينها بخلاف ما تقدم
لان النقصان تمكن على ملك الشريك وهذا على اصل ابي حنيفة رح اما عندهما الاعتاق لا يتجزى
فاعتاق النصف اعتاق الكل فلا يكون اعتاقا بكلامين فان اعتق نصف عبده عن كفارته
ثم جامع التي ظاهر منها ثم اعتق باقيه لم يجز عند ابي حنيفة رح لان الاعتاق يتجزى عنده وشرط
الاعتاق ان يكون قبل المسيس بالنص واعتاق النصف واذا لم يجد المظاهر ما يعتق فكفارته
صوم شهرين متتابعين ليس فيهما شهر رمضان ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا ايام التشريق واما
التتابع فلانه منصوص عليه وشهر رمضان لا يقع عن كفارة الظهار لما فيه من ابطال ما اوجبه الله
والصوم في هذه الايام منهي عنه فلا ينوب عن الواجب الكامل فان جامع التي ظاهر منها في خلال
الشهرين ليلا عامدا او نهارا ناسيا استانف الصوم عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح
لا يستانف لانه لا يمنع التتابع اذ لا يفسد به الصوم وهو الشرط وان كان تقديمه على المسيس شرطا
فيما ذهبنا اليه تقديم البعض وفيما قلنا تاخير الكل عنه ولهما ان الشرط في الصوم ان يكون قبل المسيس
وان يكون خاليا عنه ضرورة بالنص وهذا الشرط ينعدم به فيستانف وان افطر منها يوما بعذر
او بغير عذر استانف لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة وان ظاهر العبد لم يجزه في الكفارة
الا الصوم لانه لا ملك له فلم يكن من اهل التكفير بالمال وان اعتق المولى او اطعم عنه لم يجزه لانه ليس من اهل
الملك فلا يصير مالكا بتمليكه فاذا لم يستطع المظاهر الصيام اطعم ستين مسكينا لقوله تعالى فمن
لم يستطع فاطعام ستين مسكينا ويطعم كل مسكين نصف صاع من بر ولان المعتبر دفع حاجة اليوم
او صاعا من تمر او شعير او قيمة ذلك لقوله عم في حديث اوس بن صامت وسهل بن صخر
رضي الله عنهما اطعم لكل مسكين نصف صاع من بر ولان المعتبر دفع حاجة اليوم لكل مسكين فيعتبر بصدقة
الفطر وقوله او قيمة ذلك مذهبنا وقد ذكرناه في الزكوة فان اعطى منا من بر ومنوين من تمر او
شعير جاز لحصول المقصود اذ الجنس متحد وهو الاطعام وان امر غيره ان يطعم عنه من ظهاره
ففعل اجزاه لانه استقراض معنى والفقير قابض له اولا ثم لنفسه فيتحقق تملكه ثم تمليكه فان غداهم وعشاهم
جاز قليلا ما اكلوا او كثيرا وقال الشافعي رح لا يجزيه الا التمليك اعتبارا بالزكوة وصدقة الفطر
وهذا لان التمليك ادفع للحاجة فلا ينوب منابه ولنا ان المنصوص عليه هو الاطعام وهو حقيقة
في التمكين من الطعم وفي الاباحة ذلك كما في التمليك اما الواجب في الزكوة الايتاء وفي صدقة
الفطر الاداء وهما للتمليك حقيقة ولو كان فيمن عشاهم صبي فطيم لم يجزه لانه لا يستوفي كاملا

حصل بعده وعندهما اعتاق النصف اعتاق الكل وحصل الكل قبل المسيس

ولا بد من الادام في خبز الشعير ليمكنه الاستيفاء الى الشبع وفي خبز الحنطة لا يشترط الادام
وان اعطى مسكينا واحدا ستين يوما اجزأه وان اعطاه في يوم واحد لم يجزه الا عن يومه
لان المقصود سد خلة المحتاج والحاجة تتجدد في كل يوم فالدفع اليه في اليوم الثاني كالدفع الى
غيره وهذا في الاباحة من غير خلاف واما التمليك من مسكين واحد في يوم واحد بدفعات
فقد قيل لا يجزيه وقد قيل يجزيه لان الحاجة الى التمليك تتجدد في يوم واحد بخلاف ما اذا دفع بدفعة
واحدة لان التفريق واجب بالنص فان قرب التي ظاهر منها في خلال الاطعام لم يستأنف
لان الله تعالى ما شرط في الاطعام ان يكون قبل المسيس الا انه يمنع من المسيس قبله لانه
يقدر على الاعتاق او الصوم فيقعان بعد المسيس والمنع لمعنى في غيره لا يعدم المشروعية في نفسه
فان اطعم عن ظهارين ستين مسكينا كل مسكين صاعا لم يجزه الا عن واحد منهما عند ابي حنيفة
وابي يوسف رح وقال محمد رح يجزيه عنهما وان اطعم ذلك عن افطار وظهار اجزاه عنهما له ان
بالمؤدي وفاء بهما والمصروف اليه محل فيقع عنهما كما لو اختلف السبب او فرق في الدفع ولهما
ان النية في الجنس الواحد لغو وفي الجنسين معتبرة فاذا لغت النية والمؤدي يصلح كفارة واحدة
لان نصف الصاع ادنى للمقادير وهو يمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنها كما اذا نوى اصل
الكفارة بخلاف ما اذا فرق في الدفع لانه في الدفعة الثانية في حكم مسكين آخر ومن وجب عليه كفارتان
ظهار فاعتق رقبتين لا ينوي عن احدهما بعينها جاز عنهما وكذلك اذا صام اربعة اشهر او اطعم
مائة وعشرين مسكينا جاز لان الجنس متحد فلا حاجة الى نية معينة وان اعتق عنهما رقبة واحدة
او صام شهرين كان له ان يجعل ذلك عن ايهما شاء وان اعتق عن ظهار وقتل لم يجز (عن احد منهما)
وقال زفر رح لا يجزيه عن احدهما في الفصلين وقال الشافعي رح له ان يجعل عن احدهما في الفصلين
لان الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود جنس واحد وجه قول زفر رح انه اعتق عن كل
ظهار نصف العبد وليس له ان يجعل عن احدهما بعد ما اعتق عنهما لخروج الامر من يده
ولنا ان نية التعيين في الجنس المتحد غير مفيدة وفي الجنس المختلف مفيدة واختلاف الجنس في الحكم وهو
الكفارة هنا باختلاف السبب نظير الاول اذا صام يوما في قضاء رمضان عن يومين يجزيه عن قضاء
يوم واحد ونظير الثاني اذا كان عليه صوم القضاء والنذر فانه لا بد فيه من التعيين

باب اللعان

قال اذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهما من اهل الشهادة والمرأة ممن يحد قاذفها
او نفى نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان والاصل ان اللعان عندنا شهادات

مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن والغضب قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها
لقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم والاستثناء انما يكون من الجنس وقال الله تعالى فشهادة
احدهم اربع شهادات بالله نص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة
باليمين ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان كاذبا وهو قائم مقام حد القذف وفي جانبها بالغضب
وهو قائم مقام حد الزنا اذا ثبت هذا فنقول لا بد ان يكونا من اهل الشهادة لان الركن فيه الشهادة
لان الركن فيه الشهادة ولا بد ان تكون هي ممن يحد قاذفها لانه قائم في حقه مقام حد القذف
فلا بد من احصانها ويجب بنفي الولد لانه لما نفى ولدها صار قاذفا لها ظاهرا ولا يعتبر احتمال
ان يكون الولد من غيره بالوطء عن شبهة كما اذا نفى اجنبي نسبه عن ابيه المعروف وهذا لان الاصل في النسب
الصحيح والفاسد ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق ويشترط طلبها لانه حقها فلا بد
من طلبها كسائر الحقوق فان امتنع منه حبسه الحاكم حتى يلاعن او يكذب نفسه لانه حق مستحق عليه
وهو قادر على ايفائه فيحبس حتى يأتي بما هو عليه او يكذب نفسه ليرتفع السبب ولو لاعن وجب
عليها اللعان لما تلونا من النص الا انه يبتدأ بالزوج لانه هو المدعي فان امتنعت حبسها الحاكم
حتى تلاعن او تصدقه لانه حق مستحق عليها وهي قادرة على ايفائه فتحبس فيه واذا كان الزوج عبدا
او كافرا او محدودا في قذف فقذف امرأته فعليه الحد لانه تعذر اللعان لمعنى من جهته فيصار
الى الموجب الاصلي وهو الثابت لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية واللعان خلف عنه
وان كان من اهل الشهادة وهي امة او كافرة او محدودة في قذف او كانت ممن لا يحد قاذفها
بان كانت صبية او مجنونة او زانية فلا حد عليه ولا لعان لانعدام اهلية الشهادة وعدم الاحصان
في جانبها وامتناع اللعان من جهتها فيسقط الحد كما اذا صدقته والاصل في ذلك قوله عم
اربعة لا لعان بينهم وبين ازواجهم اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة
تحت المملوك ولو كانا محدودين في القذف فعليه الحد لان امتناع اللعان بمعنى من جهته اذ هو
ليس من اهله قال وصفة اللعان ان يبتدئ القاضي بالزوج فيشهد اربع مرات يقول
في كل مرة اشهد بالله انني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ويقول في الخامسة لعنة
الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا يشير اليها في جميع ذلك ثم تشهد المرأة
اربع مرات تقول في كل مرة اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا وتقول في الخامسة
غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا والاصل فيه ما تلوناه من النص

وروى الحسن عن ابي حنيفة رح انه ياتي بلفظ المواجهة يقول فيما رميتك به من الزنا لانه
اقطع للاحتمال وجه ما ذكر في الكتاب ان لفظة المغايبة اذا انضمت اليه الاشارة
انقطع الاحتمال قال فاذا التعنا لم تقع الفرقة حتى يفرق القاضي بينهما وقال زفر رح
تقع بتلاعنهما لانه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث ولنا ان ثبوت الحرمة يفوت الامساك بالمعروف
فيلزمه التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه دفعا للظلم دل عليه قول ذلك الملاعن عند النبي عليه السلام
كذبت عليها ان امسكتها هي طالق ثلاثا قاله بعد اللعان وتكون الفرقة تطليقة بائنة
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله هو تحريم مؤبد لقوله المتلاعنان لا يجتمعان ابدا نص على التابيد
ولهما ان الاكذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها ولا يجتمعان ما داما متلاعنين ولم يبق
التلاعن ولا حكمه بعد الاكذاب فيجتمعان ولو كان القذف بنفي الولد نفى القاضي نسبه والحقه بامه
وصورة اللعان ان يأمر الحاكم الرجل فيقول اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتك به من نفي
الولد وكذا في جانب المرأة ولو قذفها بالزنا ونفي الولد ذكر في اللعان الامرين ثم ينفي القاضي
نسب الولد ويلحقه بامه لما روي ان النبي عليه السلام نفى ولد امرأة هلال بن امية عن هلال والحقه
بها ولان المقصود من هذا اللعان نفي الولد فيوفر عليه مقصوده ويتضمنه القضاء بالتفريق وعن ابي يوسف رح
ان القاضي يفرق ويقول قد الزمته امه واخرجته من نسب الاب لانه ينفك عنه فلا بد من ذكره
فان عاد الزوج واكذب نفسه حده القاضي لاقراره بوجوب الحد عليه وحل له ان يتزوجها وهذا
عندهما لانه لما حد لم يبق اهلا للعان فارتفع حكمه المنوط به وهو التحريم وكذلك ان قذف
غيرها فحد به لما بينا وكذلك اذا زنت فحدت لانتفاء اهليتها للعان من جانبها واذا قذف
امراته وهي صغيرة او مجنونة فلا لعان بينهما لانه لا يحد قاذفها لو كان اجنبيا فكذا لا يلاعن الزوج
لقيامه مقامه وكذا اذا كان الزوج صغيرا او مجنونا لعدم اهلية الشهادة وقذف الاخرس
لا يتعلق به اللعان لانه يتعلق بالصريح كحد القذف وفيه خلاف الشافعي رح وهذا لانه لا يعرى
عن الشبهة والحدود تندرئ بها واذا قال الزوج ليس حملك مني فلا لعان وهذا قول ابي حنيفة وزفر
رح لانه لا يتيقن بقيام الحمل فلم يصر قاذفا وقال ابو يوسف ومحمد رح اللعان يجب بنفي الحمل اذا جاءت به
لاقل من ستة اشهر وهو معنى ما ذكر في الاصل لانا تيقنا بقيام الحمل عنده فيتحقق القذف
قلنا اذا لم يكن قذفا في الحال يصير كالمعلق بالشرط فكانه قال ان كان بك حمل فليس مني
والقذف لا يصح تعليقه بالشرط وان قال لها زنيت وهذا الحمل من الزنا تلاعنا لوجود القذف

لان فعل القاضي انتقل اليه كما في العنين وهو خاطب اذا اكذب نفسه عندهما وقال ابو يوسف رحمه الله

حيث

حيث ذكر الزنا صريحا ولم ينف القاضي الحمل وقال الشافعي رح ينفيه لان النبي عليه السلام نفى الولد
عن هلال وقد قذفها حاملا ولنا ان الاحكام لا تترتب عليه الا بعد الولادة لتمكن الاحتمال
قبله والحديث محمول على انه عرف قيام الحبل بطريق الوحي واذا نفى الرجل ولد امرأته عقيب
الولادة او في الحالة التي تقبل التهنئة وتبتاع آلة الولادة صح نفيه ولاعن به وان نفاه
بعد ذلك لاعن ويثبت النسب وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رح يصح
نفيه في مدة النفاس لان النفي يصح في مدة قصيرة ولا يصح في مدة طويلة ففصلنا بينهما
بمدة النفاس لانه اثر الولادة وله انه لا معنى للتقدير لان الزمان للتأمل واحوال الناس
فيه مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه وهو قبوله التهنئة او سكوته عند التهنئة او ابتياعه متاع الولادة
او مضي ذلك الوقت وهو ممتنع عن النفي ولو كان غائبا ولم يعلم بالولادة ثم قدم تعتبر المدة
التي ذكرناها على الاصلين قال واذا ولدت ولدين توأمين في بطن واحد فنفى الاول واعترف
بالثاني يثبت نسبهما لانهما توأمان خلقا من ماء واحد وحد الزوج لانه اكذب نفسه بدعوى
الثاني وان اعترف بالاول ونفى الثاني يثبت نسبهما لما ذكرنا ولاعن لانه قاذف
بنفي الثاني ولم يرجع عنه والاقرار بالعفة سابق على القذف فصار كما اذا قال انها عفيفة
ثم قال هي زانية وفي ذلك التلاعن كذا هذا باب العنين واذا كان الزوج عنينا اجله
الحاكم سنة فان وصل اليها والا فرق بينهما اذا طلبت المرأة ذلك هكذا روي عن عمر وعلي
وابن مسعود رضي الله عنهم ولان الحق ثابت لها في الوطء ويحتمل ان يكون الامتناع لعلة معترضة ويحتمل
لآفة اصلية فلا بد من مدة معرفة لذلك وقدرناها بالسنة لاشتمالها على
الفصول الاربعة فاذا مضت ولم يصل اليها تبين ان العجز بآفة اصلية ففات الامساك
بالمعروف ووجب التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما ولا بد من طلبها
لان التفريق حقها وتلك الفرقة تطليقة بائنة لان فعل القاضي اضيف الى الزوج فكانه طلقها بنفسه وقال
الشافعي رح هو فسخ لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا وانما تقع بائنة لان المقصود وهو دفع الظلم
عنها لا يحصل الا بها لانها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة ولها كمال مهرها ان كان خلا
بها فان خلوة العنين صحيحة وتجب العدة لما بينا من قبل هذا اذا كان اقر الزوج انه لم يصل
اليها واذا اختلف الزوجان في الوصول اليها فان كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر
استحقاق حق الفرقة والاصل هو السلامة في الجبلة ثم ان حلف بطل حقها وان نكل يؤجل

سنة وان كانت بكرا نظر اليها النساء فان قلن هي بكر اجل سنة لظهور كذبه وان قلن هي
ثيب يحلف الزوج فان حلف لا حق لها وان نكل يؤجل سنة وان كان مجبوبا فرق بينهما في الحال
ان طلبت لانه لا فائدة في التاجيل والخصي يؤجل كما يؤجل العنين لان وطئه مرجو واذا اجل العنين
سنة وقال قد جامعتها وانكرت نظر اليها النساء فان قلن هي بكر خيرت لان شهادتهن
تايدت بمؤيد وهي البكارة وان قلن هي ثيب حلف الزوج فان نكل خيرت لتايدها بالنكول
وان حلف لا تخير وان كانت ثيبا في الاصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه فان اختارت
زوجها لم يكن لها خيار بعد ذلك لانها رضيت ببطلان حقها وفي التاجيل تعتبر السنة القمرية
هو الصحيح ويحتسب بايام الحيض وبشهر رمضان لوجود ذلك في السنة ولا يحتسب بمرضه ومرضها لان السنة
قد تخلو عنه واذا كان بالزوجة عيب فلا خيار للزوج وقال الشافعي رح ترد بالعيوب الخمسة وهو الجنون
والجذام والبرص والرتق والقرن لانها تمنع الاستيفاء اصلا بالموت حسا او طبعا والطبع مؤيد
بالشرع قال عليه السلام فر من المجذوم ولنا ان فوت الاستيفاء اصلا بالموت لا يوجب الفسخ فاختلاله بهذه
العيوب اولى وهذا لان الاستيفاء من الثمرات والمستحق هو التمكن وهو حاصل واذا كان بالزوج
جنون او جذام او برص فلا خيار لها عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لها الخيار دفعا للضرر
عنها كما في الجب والعنة بخلاف جانبه لانه متمكن من دفع الضرر بالطلاق ولهما ان الاصل عدم الخيار
لما فيه من ابطال حق الزوج وانما يثبت في الجب والعنة لانهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح
وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا

باب العدة

واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا او وقعت
الفرقة بينهما بغير طلاق وهي حرة ممن تحيض فعدتها ثلاثة اقراء لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن
ثلاثة قروء والفرقة اذا كانت بغير طلاق فهي في معنى الطلاق لان العدة وجبت للتعرف عن براءة
الرحم في الفرقة الطارية على النكاح وهذا يتحقق فيها والاقراء الحيض عندنا وقال الشافعي رح الاطهار
واللفظ حقيقة فيهما اذ هو من الاضداد كذا قاله ابن السكيت ولا ينتظمهما جملة للاشتراك والحمل
على الحيض اولى اما عملا بلفظ الجمع لانه لو حمل على الاطهار والطلاق يوقع في طهر لم يبق جمعا
او لانه معرف لبراءة الرحم وهو المقصود او لقوله عليه السلام وعدة الامة حيضتان فيلتحق بيانا به وان
كانت لا تحيض من صغر او كبر فعدتها ثلاثة اشهر لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض الآية
وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض بآخر الآية وان كانت حاملا فعدتها ان تضع
حملها لقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وان كانت امة فعدتها

حيضتان

حيضتان لقوله عليه السلام طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان ولان الرق منصف والحيضة
لا تتجزى فكملت فصارت حيضتين واليه اشار عمر رضي الله عنه بقوله لو استطعت لجعلتها
حيضة ونصفا وان كانت لا تحيض فعدتها شهر ونصف لانه متجز فامكن تنصيفه عملا
بالرق وعدة الحرة في الوفاة اربعة اشهر ونصف لانه متجز فامكن تنصيفه عملا بالرق
وعدة الحرة في الوفاة اربعة اشهر وعشر لقوله تعالى ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا وعدة الامة
شهران وخمسة ايام لان الرق منصف وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها لاطلاق
قوله واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وقال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه من شاء
باهلته ان سورة النساء القصرى نزلت بعد التي في سورة البقرة وقال عمر رضي الله عنه
لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها ان تتزوج واذا ورثت المطلقة
في المرض فعدتها ابعد الاجلين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح ثلاث حيض
ومعناه اذا كان الطلاق بائنا او ثلاثا اما اذا كان رجعيا فعليها عدة الوفاة بالاجماع
لابي يوسف رح ان النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق ولزمها ثلاث حيض وانما تجب
عدة الوفاة اذا زال النكاح بالوفاة الا انه بقي في حق الارث لا في حق تغير العدة
بخلاف الرجعي لان النكاح باق من كل وجه ولهما انه لما بقي في حق الارث يجعل باقيا
في حق العدة احتياطا فيجمع بينهما ولو قتل على ردته حتى ورثته امرأته فعدتها على هذا الاختلاف
وقيل عدتها بالحيض بالاجماع لان النكاح ما اعتبر باقيا الى وقت الموت في حق الارث لان المسلمة
لا ترث الكافر فان اعتقت الامة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها الى عدة الحرائر لقيام
النكاح من كل وجه وان اعتقت وهي مبتوتة او متوفى عنها زوجها لم تنتقل عدتها لزوال النكاح
بالبينونة والموت وان كانت آيسة فاعتدت بالشهور ثم رأت الدم انتقض ما مضى من
عدتها وعليها ان تستأنف العدة بالحيض ومعناه اذا رأت على العادة لان عودها يبطل الاياس
هو الصحيح فظهر انه لم يكن خلفا وهذا لان شرط الخلفية تحقق الياس وذلك باستدامة العجز الى الممات
كالفدية في حق الشيخ الفاني ولو حاضت حيضتين ثم ايست تعتد بالشهور تحرزا عن الجمع بين المبدل
والبدل والمنكوحة نكاحا فاسدا والموطوءة بشبهة عدتهما الحيض في الفرقة والموت لانها للتعرف
عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح والحيض هو المعرف واذا مات مولى ام الولد عنها او اعتقها
فعدتها ثلاث حيض وقال الشافعي رح حيضة واحدة لانها تجب بزوال ملك اليمين فشابهت الاستبراء

عن الجمع صح

ثم امامنا فيه صح

ولنا انها وجبت لزوال الفراش فاشبهت عدة النكاح عمر رضي الله عنه فانه قال عدة ام الولد
ثلاث حيض ولو كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلثة اشهر كما في النكاح واذا مات الصغير عن امرأته
وبها حبل فعدتها ان تضع حملها وهذا عند ابي حنيفة ره ومحمد ره وقال ابو يوسف ره عدتها
اربعة اشهر وعشر وهو قول الشافعي ره لان الحمل ليس بثابت النسب منه فصار كالحادث
بعد الموت ولهما اطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن ولانها مقدرة بمدة
وضع الحمل في اولات الاحمال قصرت المدة او طالت لا للتعرف عن فراغ الرحم لشرعها بالاشهر
مع وجود الاقراء لكن لقضاء حق النكاح وهذا المعنى يتحقق في الصبي وان لم يكن الحمل منه بخلاف الحمل الحادث
لانه وجبت العدة بالشهور فلا تتغير بحدوث الحمل وفيما نحن فيه كما وجبت وجبت مقدرة بمدة الحمل
فافترقا ولا يلزم امرأة الكبير اذا حدث بها الحبل بعد الموت لان النسب يثبت منه فكان كالقائم
عند الموت حكما قال ولا يثبت نسب الولد في الوجهين لان الصبي لا ماء له فلا يتصور منه
العلوق والنكاح يقوم مقامه في موضع التصور واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض
لم تعتد بالحيضة التي وقع فيها الطلاق لان العدة مقدرة بثلاث حيض كوامل فلا تنقص عنها
واذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها عدة اخرى وتداخلت العدتان ويكون ما تراه المرأة
من الحيض محتسبا منهما جميعا واذا انقضت العدة الاولى ولم تكمل الثانية فعليها تمام العدة
الثانية وهذا عندنا وقال الشافعي ره لا تتداخلان لان المقصود هو العبادة فانها عبادة
كف عن التزوج والخروج فلا تتداخل كالصومين في يوم واحد ولنا ان المقصود التعرف عن فراغ
الرحم وقد حصل بالواحدة فتتداخلان ومعنى العبادة تابع الا ترى انها تنقضي بدون علمها
ومع تركها الكف والمعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه
من الحيض فيها تحقيقا للتداخل بقدر الامكان وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق وفي الوفاة
عقيب الوفاة فان لم تعلم بالطلاق او الوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها
لان سبب وجوب العدة الطلاق او الوفاة فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب ومشايخنا
ره يفتون في الطلاق ان ابتداءها من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة والعدة في النكاح
الفاسد عقيب التفريق او عزم الواطي على ترك وطئها وقال زفر ره من اخر الوطئات لان
الوطي هو السبب الموجب ولنا ان كل وطي وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطئة الواحدة
لاستناد الكل الى حكم عقد واحد ولهذا يكتفى في الكل بمهر واحد فقبل المتاركة او العزم لا تثبت العدة

عقيدتهم

مع

مع جواز وجود غيره ولان التمكن على وجه الشبهة اقيم مقام حقيقة الوطي لخفائه ومساس الحاجة
الى معرفة الحكم في حق غيره واذا قالت المعتدة انقضت عدتي وكذبها الزوج كان القول قولها
مع اليمين لانها امينة في ذلك وقد اتهمت بالكذب فتحلف كالمودع واذا طلق الرجل
امرأته طلاقا بائنا ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل الدخول بها فعليه مهر كامل وعليها عدة
مستقبلة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف ره وقال محمد ره لها نصف المهر وعليها تمام العدة
الاولى لان هذا طلاق قبل المسيس فلا يوجب كمال المهر ولا استيناف العدة واكمال العدة
الاولى انما وجب بالطلاق الاول الا انه لم يظهر حال التزوج الثاني فاذا ارتفع بالطلاق
الثاني ظهر حكمه كما لو اشترى ام ولده ثم اعتقها ولهما انها مقبوضة في يده حقيقة
بالوطئة الاولى وبقي اثره وهو العدة فاذا جدد النكاح وهي مقبوضة ناب ذلك
القبض عن القبض المستحق في النكاح كالغاصب يشتري المغصوب الذي في يديه يصير
قابضا بمجرد العقد فوضح بهذا انه طلاق بعد الدخول وقال زفر ره لا عدة عليها اصلا
لان الاولى قد سقطت بالتزوج فلا تعود والثانية لم تجب وجوابه ما قلنا قال
واذا طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها وكذا اذا خرجت الحربية الينا مسلمة فان
تزوجت جاز الا ان تكون حاملا وهذا كله قول ابي حنيفة ره وقالا عليها وعلى الذمية
العدة اما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم وقد بيناه في
كتاب النكاح وقول ابي حنيفة ره فيما اذا كان معتقدهم انه لا عدة واما المهاجرة
فوجه قولهما ان الفرقة لو وقعت بسبب آخر وجبت العدة فكذا بسبب التباين بخلاف
ما اذا هاجر وتركها لعدم التبليغ وله قوله تعالى لا جناح عليكم ان تنكحوهن ولان العدة
حيث وجبت كان فيها حق بني آدم والحربي ملحق بالجماد حتى كان محلا للتملك الا انها
حاملا لان في بطنها ولدا ثابت النسب وعن ابي حنيفة ره انه يجوز ولا يطؤها كالحبلى
من الزنا والاول اصح فصل وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها اذا كانت بالغة
الاحداد اما المتوفى عنها زوجها فلقوله عم لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الاخر
ان تحد على ميت فوق ثلثة ايام الا على زوجها اربعة اشهر وعشرا واما المبتوتة فمذهبنا
وقال الشافعي ره وفى بعهدها الى مماته وقد اوحشها بالابانة فلا تأسف بفوته
ولنا ما روي ان النبي عم نهى المعتدة ان تختضب بالحناء وقال الحناء طيب ولانه

مسلمة

لا حداد عليها لانه وجب اظهارا للتأسف على فوت زوج صح

يجب اظهارا للتأسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤنها والابانة
اقطع لها من الموت حتى كان لها ان تغسله ميتا قبل الابانة لا بعدها والحداد ويقال
الاحداد وهما لغتان ان تترك الزينة والطيب والكحل والدهن المطيب وغير المطيب
الا من عذر وفي الجامع الصغير الا من وجع والمعنى فيه وجهان احدهما ما ذكرناه من اظهار
التأسف والثاني ان هذه الاشياء دواعي الرغبة فيها وهي ممنوعة عن النكاح فتجتنبها كيلا تصير
ذريعة الى الوقوع في المحرم وقد صح ان النبي عم لم ياذن للمعتدة في الاكتحال والدهن لا يعرى عن
نوع طيب وفيه زينة الشعر ولهذا يمنع المحرم عنه قال الا من عذر لان فيه ضرورة والمراد الدواء
لا الزينة ولو اعتادت الدهن فخافت وجعا فان كان ذلك امرا ظاهرا يباح لها لان الغالب
كالواقع وكذا لبس الحرير اذا احتاجت اليه لعذر لا بأس به ولا تختضب بالحناء لما روينا ولا تلبس ثوبا
مصبوغا بعصفر ولا بزعفران لانه يفوح منه رائحة الطيب قال ولا احداد على كافرة لانها غير
مخاطبة بحقوق الشرع ولا على صغيرة لان الخطاب موضوع عنها وعلى الامة الاحداد لانها
مخاطبة بحقوق الشرع فيما ليس فيه ابطال حق المولى بخلاف المنع من الخروج لان فيه ابطال حقه وحق العبد
مقدم لحاجته قال وليس في عدة ام الولد ولا في عدة النكاح الفاسد احداد لانها ما فاتها
نعمة النكاح لتظهر التأسف والاباحة اصل ولا ينبغي ان تخطب المعتدة ولا بأس بالتعريض
في الخطبة لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء الى ان قال ولكن لا تواعدوهن
سرا الا ان تقولوا قولا معروفا وقال عم السر النكاح وقال ابن عباس رضي الله عنه التعريض ان يقول
اني اريد ان اتزوج وعن سعيد بن جبير في القول المعروف اني فيك لراغب واني اريد ان نجتمع ولا يجوز
للمطلقة الرجعية والمبتوتة الخروج من بيتها ليلا ولا نهارا والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا وبعض
الليل ولا تبيت في غير منزلها اما المطلقة فلقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان
يأتين بفاحشة مبينة قيل الفاحشة نفس الخروج وقيل الزنا ويخرجن لاقامة الحد واما المتوفى عنها
زوجها فلانه لا نفقة لها فتحتاج الى الخروج نهارا لطلب المعاش وقد يمتد الى ان يهجم الليل
ولا كذلك المطلقة لان النفقة دارة عليها من مال زوجها حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل
انها تخرج نهارا وقيل لا تخرج لانها اسقطت حقها فلا يبطل به حق عليها وعلى المعتدة ان تعتد
في المنزل الذي يضاف اليها بالسكنى حال وقوع الفرقة والموت لقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن

والبيت

والبيت المضاف اليها هو الذي تسكنه ولهذا لو زارت اهلها وطلقها الزوج كان عليها
ان تعود الى منزلها فتعتد فيه وقال عم للتي قتل زوجها اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب
اجله وان كان نصيبها من دار الميت لا يكفيها واخرجها الورثة من نصيبهم انتقلت لان هذا
انتقال بعذر والعبادات تؤثر فيها الاعذار وصار كما اذا خافت على متاعها او خافت سقوط
المنزل او كانت فيها باجر ولا تجد ما تؤديه ثم ان وقعت الفرقة بطلاق بائن او ثلث لا بد من سترة
ثم لا بأس به لانه معترف بالحرمة الا ان يكون فاسقا يخاف عليها منه فحينئذ تخرج لانه عذر ولا تخرج
عما انتقلت اليه والاولى ان يخرج هو ويتركها وان جعلا بينهما امرأة ثقة تقدر على الحيلولة فحسن
وان ضاق عليهما المنزل فلتخرج والاولى خروجه قال واذا خرجت المرأة مع زوجها الى مكة
فطلقها ثلثا او مات عنها في غير مصر فان كان بينها وبين مصرها اقل من ثلثة ايام رجعت الى منزلها لانه ليس
بابتداء الخروج معنى بل هو بناء وان كانت ثلثة ايام ان شاءت رجعت وان شاءت مضت
كان معها ولي او لم يكن معناه اذا كان الى المقصد ثلثة ايام ايضا لان المكث في ذلك المكان
اخوف عليها من الخروج الا ان الرجوع اولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج قال الا ان يكون طلقها او
او مات عنها في مصر فانها لا تخرج حتى تعتد ثم تخرج ان كان لها محرم وهذا عند ابي حنيفة وقالا
ان كان معها محرم فلا بأس بان تخرج من المصر قبل ان تعتد لهما ان نفس الخروج مباح دفعا لاذى
الغربة ووحشة الوحدة فهذا عذر وانما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم وله ان العدة امنع
للخروج من عدم المحرم فان للمرأة ان تخرج الى ما دون السفر بغير محرم وليس للمعتدة ذلك فلما حرم
عليها الخروج الى السفر بغير المحرم ففي العدة اولى والله اعلم باب ثبوت النسب ومن قال ان تزوجت
فلانة فهي طالق فتزوجها فولدت ولدا لستة اشهر من يوم تزوجها فهو ابنه وعليه المهر اما النسب
فلانها فراشه لانها لما جاءت بالولد لستة اشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لاقل من ستة
اشهر من وقت الطلاق فكان العلوق قبله في حال النكاح والتصور ثابت بان تزوجها وهو يخالطها
فوافق الانزال النكاح والنسب يحتاط في اثباته واما المهر فلانه لما ثبت النسب منه جعل واطئا
حكما فتأكد المهر به ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية اذا جاءت به لسنتين او اكثر ما لم تقر بانقضاء
عدتها لاحتمال العلوق في حالة العدة لجواز انها تكون ممتدة الطهر فان جاءت به لاقل من سنتين
بانت من زوجها لانقضاء العدة ويثبت نسبه لوجود العلوق قبل الطلاق في النكاح او في
العدة ولا يصير مراجعا لانه يحتمل العلوق قبل الطلاق ويحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالشك

بينهما صح

وان جاءت به لاكثر من سنتين كانت رجعة لان العلوق بعد الطلاق والظاهر انه منه لانتفاء الزنا
منها فيصير بالوطي مراجعا والمبتوتة يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من سنتين لانه يحتمل ان يكون
الولد قائما وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش فيثبت النسب احتياطا وان جاءت به لتمام سنتين
من وقت الفرقة لم يثبت لان الحمل حادث بعد الطلاق فلا يكون منه لان وطئها حرام قال الا ان يدعيه
لانه التزمه وله وجه بان وطئها بشبهة في العدة فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد
لتسعة اشهر لم يلزمه حتى تاتي به لاقل من تسعة اشهر عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف يثبت النسب
منه الى سنتين لانها معتدة يحتمل ان تكون حاملا ولم تقر بانقضاء العدة فاشبهت الكبيرة ولهما ان
لانقضاء عدتها جهة متعينة وهو الاشهر فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء وهي في الدلالة فوق اقرارها لانه لا
يحتمل الخلاف والاقرار يحتمله وان كانت مطلقة طلاقا رجعيا فكذلك الجواب عندهما وعنده يثبت الى
سبعة وعشرين شهرا لانه يجعل واطئا في آخر العدة وهي الثلثة الاشهر ثم تاتي به لاكثر مدة الحمل وهو سنتان
وان كانت الصغيرة ادعت الحبل في العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة سواء لان باقرارها حكم ببلوغها
ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ما بين الوفاة وبين سنتين وقال زفر رحمه الله اذا جاءت
به بعد انقضاء عدة الوفاة لستة اشهر لا يثبت النسب لان الشرع حكم بانقضاء عدتها
بالشهور لتعين الجهة فصار كما اذا اقرت بالانقضاء كما بينا في الصغيرة الا انا نقول لانقضاء
عدتها جهة اخرى وهو وضع الحمل بخلاف الصغيرة لان الاصل فيها عدم الحبل لانها ليست بمحل قبل البلوغ
وفيه شك واذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر من وقت
الاقرار يثبت نسبه لانه ظهر كذبها بيقين فيبطل الاقرار وان جاءت به لستة اشهر لم يثبت لانا لم نعلم
ببطلان الاقرار لاحتمال الحدوث بعده وهذا اللفظ باطلاقه يتناول كل معتدة واذا ولدت المعتدة
ولدا لم يثبت نسبه عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يشهد بولادتها رجلان او رجل وامرأتان الا ان يكون
هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب من غير شهادة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
يثبت في الجميع بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة لان الفراش قائم بقيام العدة وهو ملزم
للنسب والحاجة الى تعيين الولد فيتعين بشهادتها كما في حال قيام النكاح ولابي حنيفة رحمه الله ان
العدة تنقضي باقرارها بوضع الحمل والمنقضي ليس بحجة فمست الحاجة الى اثبات النسب ابتداء فيشترط
كمال الحجة بخلاف ما اذا كان ظهر الحبل او صدر الاعتراف لان النسب ثابت قبل الولادة والتعيين
يثبت بشهادتها فان كانت معتدة عن وفاة فصدقها الورثة في الولادة ولم يشهد على الولادة

احد

احد فهو ابنه في قولهم جميعا وهذا في حق الارث ظاهر لانه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم اما في حق النسب
هل يثبت في حق غيرهم قالوا اذا كانوا من اهل الشهادة يثبت لقيام الحجة ولهذا قيل تشترط لفظة الشهادة
وقيل لا تشترط لان الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم باقرارهم وما ثبت تبعا لا يراعى فيه الشرائط
واذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه منه اعترف
به الزوج او سكت لان الفراش قائم والمدة تامة فان جحد الولادة يثبت بشهادة امرأة
واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج يلاعن لان النسب يثبت بالفراش القائم واللعان
انما يجب بالقذف وليس من ضرورته وجود الولد فانه يصح بدونه فان ولدت ثم اختلفا فقال الزوج
تزوجتك منذ اربعة اشهر وقالت هي منذ ستة اشهر فالقول قولها وهو ابنه لان الظاهر شاهد لها فانها
تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح ولم يذكر الاستحلاف وهو على الاختلاف ومن قال لامرأته اذا ولدت
فانت طالق فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تطلق لان شهادتها حجة
في ذلك قال عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه ولانها لما قبلت على الولادة
تقبل فيما يبتني عليها وهو الطلاق ولابي حنيفة رحمه الله انها ادعت الحنث فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا
لان شهادتهن ضرورية في الولادة فلا تظهر في حق الطلاق لانه ينفك عنها وان كان
الزوج قد اقر بالحبل طلقت من غير شهادة عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما تشترط شهادة
القابلة لانه لا بد من حجة لدعواها الحنث وشهادتها حجة فيه على ما بينا وله ان الاقرار بالحبل
اقرار بما يفضي اليه وهو الولادة ولانه اقر بكونها مؤتمنة فيقبل قولها في رد الامانة قال واكثر
مدة الحمل سنتان لقول عائشة رضي الله عنها الولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين ولو بظل مغزل
واقله ستة اشهر لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا ثم قال وفصاله في عامين فبقي للحمل ستة
اشهر والشافعي رحمه الله يقدر الاكثر باربع سنين والحجة عليه ما رويناه والظاهر انها قالته سماعا اذ العقل
لا يهتدي اليه ومن تزوج امة فطلقها ثم اشتراها فان جاءت بولد لاقل من ستة اشهر
منذ يوم اشتراها لزمه والا لم يلزمه لانه في الوجه الاول ولد المعتدة فان العلوق سابق على الشراء
وفي الوجه الثاني ولد المملوكة لانه يضاف الحادث الى اقرب وقته فلا بد من دعوة وهذا اذا كان
الطلاق واحدا بائنا او خلعا او رجعيا اما اذا كان اثنتين يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق
لانها حرمت حرمة غليظة فلا يضاف العلوق الا الى ما قبله لانها لا تحل بالشراء ومن قال لامته
ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت على الولادة امرأة فهي ام ولده لان الحاجة الى

لان العلوق سابق على النكاح فلا يكون منه
وان جاءت به لستة اشهر فصاعدا اثبت نسبه صح

الولد وثبت ذلك بشهادة القابلة، ومن قال لغلام هو ابني ثم مات فجاءت ام الغلام وقالت
انا امراته فهي امراته وهو ابنه يرثانه وفي النوادر جعل هذا جواب الاستحسان والقياس ان لا يكون
لها الميراث لان النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطي بشبهة وبملك
اليمين فلم يكن قوله اقرارا بالنكاح وجه الاستحسان ان المسئلة فيما اذا كانت معروفة بالحرية و
بكونها ام الغلام والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك وضعا وعادة ولو لم يعلم انها حرة وقالت
الورثة انت ام الولد فلا ميراث لها لان ظهور الحرية باعتبار الدار حجة في دفع الرق لا في استحقاق
الارث والله اعلم

باب الولد من احق به

واذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالام احق
بالولد لما روي ان امراة قالت يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء
وثديي له سقاء وزعم ابوه انه ينزعه مني فقال صلى الله عليه وسلم انت احق به ما لم تتزوجي
ولان الام اشفق عليه واقدر على الحضانة فكان الدفع اليها انظر واليه اشار الصديق رضي الله عنه
ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر قاله حين وقعت الفرقة بينه وبين امراته والصحابة حاضرون
متوافرون والنفقة على الاب على ما نذكر ولا تجبر الام عليها لانها عست تعجز عن الحضانة
فان لم تكن ام فام الام اولى وان بعدت لان هذه الولاية تستفاد من قبل الامهات فان
لم تكن فام الاب اولى من الاخوات لانها من الامهات ولهذا تحرز ميراثهن السدس ولانها اوفر
شفقة للولد فان لم تكن جدة فالاخوات اولى من العمات والخالات لانهن بنات الابوين ولهذا
قدمن في الميراث وفي رواية الخالة اولى من الاخت لاب لقوله عليه السلام الخالة والدة وقيل في قوله تعالى
ورفع ابويه على العرش انها كانت خالته وتقدم الاخت لاب وام لانها اشفق ثم الاخت
لام ثم الاخت من الاب لان الحق لهن من قبل الام ثم الخالات اولى من العمات ترجيحا لقرابة
الام وينزلن كما نزلنا الاخوات معناه ترجيح ذات قرابتين ثم قرابة الام ثم العمات ينزلن
كذلك وكل من تزوجت من هولاء يسقط حقها لما روينا ولان زوج الام اذا كان اجنبيا
يعطيه نزرا وينظر اليه شزرا فلا نظر قال الا الجدة اذا كان زوجها الجد لانه قام مقام
ابيه فينظر له وكذا كل زوج هو ذو رحم محرم منه لقيام الشفقة نظرا الى القرابة القريبة ومن سقط حقها بالتزوج
يعود اذا ارتفعت الزوجية لان المانع قد زال وان لم يكن للصبي امراة من اهله واختصم فيه الرجال فاولاهم اقربهم
تعصيبا لان الولاية للاقرب وقد عرف الترتيب في موضعه غير ان الصغيرة لا تدفع الى عصبة غير محرم
كمولى العتاقة وابن العم تحرزا عن الفتنة والام والجدة احق بالغلام حتى ياكل وحده ويشرب

وفي الجامع الصغير حتى يستغني وياكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده صح

وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده والمعنى واحد لان تمام الاستغناء بالقدرة على الاستنجاء ووجهه
انه اذا استغنى يحتاج الى التاديب والتخلق بآداب الرجال واخلاقهم والاب اقدر على التاديب
والتثقيف والخصاف قدر الاستغناء بسبع سنين اعتبارا للغالب والام والجدة احق بالجارية
حتى تحيض لان بعد الاستغناء تحتاج الى معرفة آداب النساء والمراة على ذلك اقدر وبعد البلوغ
تحتاج الى التحصين والحفظ والاب فيه اقوى واهدى وعن محمد انها تدفع الى الاب اذا بلغت حد
الشهوة لتحقق الحاجة الى الصيانة ومن سوى الام والجدة احق بالجارية حتى تبلغ حدا تشتهى وفي الجامع
الصغير حتى تستغني لانها لا تقدر على استخدامها ولهذا لا تؤاجرها للخدمة فلا يحصل المقصود بخلاف
الام والجدة لقدرتهما عليه شرعا قال والامة اذا اعتقها مولاها وام الولد اذا اعتقت كالحرة
في حق الولد لانهما حرتان اوان ثبوت الحق وليس لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما عن الحضانة
بالاشتغال بخدمة المولى والذمية احق بولدها المسلم ما لم يعقل الاديان او يخاف ان يالف
الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده ولا خيار للغلام والجارية وقال الشافعي رحمه الله لهما الخيار لان
النبي عليه السلام خير ولنا انه لقصور عقله يختار من عنده الدعة لتخليته بينه وبين اللعب فلا يتحقق النظر
وقد صح ان الصحابة رضي الله عنهم لم يخيروا واما الحديث قلنا قد قال اللهم اهده فوفق لاختيار الا
نظر لدعائه صلى الله عليه وسلم او يحمل على ما اذا كان بالغا

فصل واذا ارادت المطلقة ان تخرج
بولدها من المصر فليس لها ذلك لما فيه من الاضرار بالاب الا ان تخرج به الى وطنها وقد كان الزوج تزوجها
فيه لانه التزم المقام فيه عرفا وشرعا قال عليه السلام من تاهل ببلدة فهو منهم واذا ارادت الخروج الى مصر غير
وطنها وقد كان التزوج فيه اشار في الكتاب الى انه ليس لها ذلك وهذا رواية كتاب الطلاق وذكر في الجامع الصغير
ان لها ذلك لان العقد متى وجد في مكان يوجب احكامه فيه كما يوجب البيع التسليم في مكانه عرفا وهذا
اصح والحاصل انه لا بد من الامرين جميعا الوطن ووجود النكاح وهذا كله اذا كان بين المصرين تفاوت
اما اذا تقاربا بحيث يمكن للوالد ان يطالع ولده ويبيت في بيته فلا باس به وكذا الجواب في القريتين
ولو انتقلت من قرية المصر الى المصر لا باس به لان فيه نظرا للصغير حيث يتخلق باخلاق اهل المصر وليس
فيه ضرر بالاب وفي عكسه ضرر بالصغير لتخلقه باخلاق اهل السواد فليس لها ذلك

باب النفقة

النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت او كافرة اذا سلمت نفسها الى منزله فعليه نفقتها
وكسوتها وسكناها والاصل في ذلك قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله عليه السلام في حجة الوداع ولهن
عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولان النفقة جزاء الاحتباس فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره

ومن جملة ذلك حق امساك الاولاد وجه الاول ان التزوج في دار الغربة ليس التزاما للمكث

كانت نفقته عليه اصله الفقير والعامل في الصدقات وهذه الدلائل لا فصل فيها فتستوي فيها المسلمة
والكافرة ويعتبر في ذلك حالهما جميعا قال العبد الضعيف رحمه الله وهذا اختيار الخصاف وعليه الفتوى
وتفسيره انهما ان كانا موسرين تجب نفقة اليسار وان كانا معسرين فنفقة الاعسار وان كانت معسرة
والزوج موسر فنفقتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات وقال الكرخي يعتبر حال الزوج وهو
قول الشافعي رحمه الله لقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وجه الاول قوله عليه السلام لهند امرأة ابي
سفيان خذي من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف اعتبر حالها وهو الفقه فان النفقة
تجب بطريق الكفاية والفقيرة لا تفتقر الى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة ونحن نقول بموجب النص
انه يخاطب بقدر وسعه والباقي دين في ذمته ومعنى قوله بالمعروف الوسط وهو الواجب
وبه تبين انه لا معنى للتقدير كما ذهب اليه الشافعي رحمه الله انه على الموسر مدان وعلى المعسر مد
وعلى المتوسط مد ونصف لان ما وجب كفاية لا يتقدر شرعا في نفسه وان امتنعت من تسليم
نفسها حتى يعطيها مهرها فلها النفقة لانه منع بحق فكان فوت الاحتباس بمعنى من قبله فيجعل كلا فائت
وان نشزت فلا نفقة لها حتى تعود الى منزله لان فوت الاحتباس منها فاذا عادت جاء الاحتباس
فتجب النفقة بخلاف ما اذا امتنعت من التمكين في بيت الزوج لان الاحتباس قائم والزوج يقدر
على الوطي كرها وان كانت صغيرة لا يستمتع بها فلا نفقة لها لان امتناع الاستمتاع لمعنى فيها
والاحتباس الموجب ما يكون وسيلة الى مقصود مستحق بالنكاح ولم يوجد بخلاف المريضة على
ما نبين وقال الشافعي رحمه الله لها النفقة لانها عوض عن الملك عنده كما في المملوكة بملك اليمين
ولنا ان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فلها المهر دون النفقة وان
كان الزوج صغيرا لا يقدر على الجماع وهي كبيرة فلها النفقة في ماله لان التسليم تحقق منها وانما
العجز من قبله فصار كالمجبوب والعنين واذا حبست المرأة في دين فلا نفقة لها لان فوت الاحتباس
منها بالمماطلة وان لم يكن منها بان كانت عاجزة فليس منه وكذا اذا غصبها رجل كرها فذهب بها
وعن ابي يوسف رحمه الله ان لها النفقة والفتوى على الاول لان فوت الاحتباس ليس منه ليجعل باقيا
تقديرا وكذا اذا حجت مع محرم لان فوت الاحتباس منها وعن ابي يوسف رحمه الله ان لها النفقة لان
اقامة الفرض عذر ولكن تجب عليه نفقة الحضر دون السفر لانها هي المستحقة عليه ولو سافر معها الزوج
يجب النفقة بالاتفاق لان الاحتباس قائم لقيامه عليها وتجب نفقة الحضر دون السفر ولا يجب
الكراء لما قلنا وان مرضت في منزل الزوج فلها النفقة والقياس ان لا نفقة لها اذا كان مرضا يمنع

في الجماع

من الجماع لفوت الاحتباس للاستمتاع وجه الاستحسان ان الاحتباس قائم فانه يستأنس
بها ويمسها وتحفظ البيت والمانع لعارض فاشبه الحيض وعن ابي يوسف رحمه الله انها اذا
سلمت نفسها ثم مرضت تجب النفقة لتحقق التسليم ولو مرضت ثم سلمت لا تجب لان التسليم
لم يصح قالوا هذا حسن وفي لفظ الكتاب ما يشير اليه قال ويفرض على الزوج النفقة اذا
كان موسرا ونفقة خادمها والمراد بهذا بيان نفقة الخادم ولهذا ذكر في بعض النسخ وتفرض
في بعض النسخ وتفرض على الزوج اذا كان موسرا نفقة خادمها ووجهه ان كفايتها واجبة
عليه وهذا من تمامها اذ لا بد لها منه ولا تفرض لاكثر من خادم واحد وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله تفرض لخادمين لانها تحتاج الى احدهما لمصالح الداخل
والى الآخر لمصالح الخارج ولهما ان الواحد يقوم بالامرين فلا ضرورة الى اثنين ولانه لو تولى
كفايتها بنفسه كان كافيا فكذا اذا اقام الواحد مقام نفسه وقالوا ان الزوج الموسر
يلزمه من نفقة الخادم ما يلزم المعسر من نفقة امرأته وهو ادنى الكفاية وقوله في الكتاب اذا كان
موسرا
اشارة الى انه لا يجب نفقة الخادم عند اعساره وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله وهو الاصح
خلافا لما قاله محمد رحمه الله لان الواجب على المعسر ادنى الكفاية وهي قد تكتفي بخدمة نفسها ومن
اعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما ويقال لها استديني عليه وقال الشافعي رحمه الله يفرق لانه عجز
عن الامساك بالمعروف فينوب القاضي منابه في التفريق كما في الجب والعنة بل اولى
لان الحاجة الى النفقة اقوى ولنا ان حقه يبطل وحقها يتأخر والاول اقوى في الضرر
وهذا لان النفقة تصير دينا بفرض القاضي فتستوفى في الزمان الثاني وفوت المال وهو تابع في
النكاح لا يلحق بما هو المقصود وهو التوالد وفائدة الامر بالاستدانة مع الفرض ان يمكنها
احالة الغريم على الزوج فاما اذا كانت الاستدانة بغير امر القاضي كانت المطالبة عليها دون الزوج
واذا قضى القاضي لها بنفقة الاعسار ثم ايسر فخاصمته تمم لها نفقة الموسر لان النفقة تختلف بحسب
اليسار والاعسار وما قضى به تقدير لنفقة لم تجب فاذا تبدل حاله لها المطالبة بتمام حقها
واذا مضت مدة لم ينفق الزوج عليها وطالبته بذلك فلا شيء لها الا ان يكون القاضي فرض لها النفقة
او صالحت الزوج على مقدار منها فيقضي لها بنفقة ما مضى لان النفقة صلة وليست بعوض عندنا على ما مر
من قبل فلا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء كالهبة لا توجب الملك الا بمؤكد وهو القبض والصلح
بمنزلة القضاء لان ولايته على نفسه اقوى من ولاية القاضي بخلاف المهر لانه عوض واذا مات الزوج

بعد ما قضى عليه بالنفقة ومضى شهور سقطت النفقة وكذا اذا ماتت الزوجة لان النفقة صلة
صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض وقال الشافعي تصير دينا قبل
القضاء ولا تسقط بالموت لانه عوض عنده فصار كسائر الديون وجوابه قد بيناه وان اسلفها
نفقة السنة اي عجلها ثم مات لم يسترجع منها شيء وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد
يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقي للزوج وهو قول الشافعي وعلى هذا الخلاف الكسوة لانها استعجلت
عوضا عما تستحقه عليه بالاحتباس وقد بطل الاستحقاق بالموت فيبطل العوض بقدره ولهما انه صلة
وقد اتصل به القبض ولا رجوع في الصلات بعد الموت لانتهاء حكمها كما في الهبة ولهذا لو هلكت من غير
استهلاك لا يسترد شيء منها بالاجماع وعن محمد رحمه الله انها اذا قبضت نفقة الشهر او ما دونه لا يسترجع
منها لانه يسير فصار في حكم الحال واذا تزوج العبد حرة فنفقتها دين عليه يباع فيها ومعناه اذا تزوج
باذن المولى لانه دين وجب في ذمته لوجود سببه وقد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته كدين
التجارة في العبد التاجر وله ان يفدي لان حقها في النفقة لا في عين الرقبة فلو مات العبد سقطت
وكذا اذا قتل في الصحيح لانه صلة واذا تزوج الحر امة فبوأها مولاها معه منزلا فعليه النفقة لانه تحقق
الاحتباس والتبوية ان يخلي بينها وبينه في منزله ولا يستخدمها ولو استخدمها بعد التبوية سقطت
النفقة لانه فات الاحتباس والتبوية غير لازمة على ما مر في النكاح ولو خدمته الجارية احيانا
من غير ان يستخدمها لا تسقط النفقة لانه لم يستخدمها ليكون استردادا والمدبرة وام الولد في هذا
كالامة فصل وعلى الزوج ان يسكنها في دار مفردة ليس فيها احد من اهله الا ان تختار ذلك
لان السكنى من كفايتها فتجب لها كالنفقة وقد اوجبه الله تعالى مقرونا بالنفقة فاذا وجب حقا لها ليس له
ان يشرك غيرها فيه لانها تتضرر به فانها لا تأمن على متاعها ويمنعها ذلك من المعاشرة مع زوجها
ومن الاستمتاع الا ان تختار لانها رضيت بانتقاص حقها وان كان له ولد من غيرها فليس له ان يسكنه
معها لما بينا ولو اسكنها في بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها لان المقصود قد حصل وله ان يمنع والديها
وولدها من غيره واهلها الدخول عليها لان المنزل ملكه فله حق المنع من دخول ملكه ولا يمنعهم من النظر اليها
وكلامها في اي وقت اختاروا لما فيه من قطيعة الرحم وليس له في ذلك ضرر وقيل لا يمنعهم من الدخول والكلام
وانما يمنعهم من القرار لان الفتنة في اللباث وتطويل الكلام وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين ولا
من الدخول عليها في كل جمعة وفي حق غيرهما من المحارم التقدير بسنة وهو الصحيح واذا غاب الرجل وله مال
في يد رجل يعترف به وبالزوجية فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب وولده الصغار ووالديه

وكذلك

115

وكذلك اذا علم القاضي ذلك ولم يعترف به لانه لما اقر بالزوجية والوديعة فقد اقر ان حق الاخذ
لها لان لها ان تأخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه واقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه
لا سيما ههنا فانه لو انكر احد الامرين لا تقبل بينة المرأة فيه لان المودع ليس بخصم في
اثبات الزوجية عليه ولا المرأة خصم في اثبات حقوق الغائب فاذا ثبت في حقه تعدى الى
الغائب وكذا اذا كان المال في يده مضاربة وكذا الجواب في الدين وهذا كله اذا كان المال
من جنس حقها اما اذا كان من خلاف جنسه لا تفرض النفقة فيه لانه يحتاج الى البيع ولا يباع مال
الغائب بالاتفاق اما عند ابي حنيفة فلانه لا يباع على الحاضر وكذا على الغائب واما عندهما
فلان القضاء على الحاضر لانه يعرف امتناعه ويأخذ منها كفيلا بها نظرا للغائب لانها ربما استوفت
النفقة او طلقها الزوج وانقضت عدتها فرق بين هذا وبين الميراث اذا قسم بين ورثة
حضور بالبينة ولم يقولوا لا نعلم له وارثا آخر حيث لا يؤخذ منهم الكفيل عند ابي حنيفة لان هناك
المكفول له مجهول وههنا معلوم وهو الزوج ويحلفها بالله ما اعطاها النفقة نظرا للغائب قال
ولا يقضي بنفقة في مال غائب الا لهؤلاء ووجه الفرق ان نفقة هؤلاء واجبة قبل قضاء القاضي
ولهذا كان لهم ان يأخذوا قبل قضاء القاضي فكان قضاء القاضي اعانة لهم اما غيرهم من المحارم فنفقتهم انما تجب بالقضاء
لانه مجتهد فيه والقضاء على الغائب لا يجوز ولو لم يعلم القاضي بذلك ولم يكن مقرا به فاقامت البينة
على الزوجية او لم يخلف مالا فاقامت البينة ليفرض القاضي نفقتها على الغائب ويأمرها بالاستدانة
لا يقضي القاضي بذلك لان في ذلك قضاء على الغائب وقال زفر يقضي لان فيه نظرا
لها ولا ضرر فيه على الغائب فانه لو حضر وصدقها فقد اخذت حقها وان جحد يحلف
وان نكل فقد صدق وان اقامت بينة فقد ثبت حقها وان عجزت يضمن الكفيل او المرأة
وعمل القضاة اليوم على هذا انه يقضي بالنفقة على الغائب لحاجة الناس وهو مجتهد فيه وفي هذه المسألة
اقاويل مرجوع عنها فلم نذكرها فصل واذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى في
عدتها رجعيا كان او بائنا وقال الشافعي لا نفقة للمبتوتة الا اذا كانت حاملا اما الرجعي
فلان النكاح بعده قائم لا سيما عندنا فانه يحل له الوطء اما البائن فوجه قوله ما روي
عن فاطمة بنت قيس رضي الله عنها قالت طلقني زوجي ثلاثا ولم يفرض لي رسول الله صلى الله عليه وسلم نفقة ولا سكنى
ولانه لا ملك وهي مرتبة على الملك ولهذا لا تجب للمتوفى عنها زوجها لانعدامه بخلاف ما اذا كانت حاملا
لانا عرفناه بالنص وهو قوله وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن الآية ولنا ان النفقة جزاء الاحتباس
على ما ذكرنا والاحتباس قائم في حق حكم مقصود بالنكاح وهو الولد اذ العدة واجبة لصيانة

لا يقضي على الغائب لانه لا يعرف امتناعه صح

لا يؤخذ منهم الكفيل عند ابي ح لان هناك المكفول له مجهول وههنا معلوم وهو الزوج صح

المعاوضة

لصيانة الولد فتجب النفقة ولهذا كان لها السكنى بالاجماع وصار كما اذا كانت حاملا وحديث
فاطمة رده عمر رضي الله عنه فانه قال لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امراة لا ندري
اصدقت ام كذبت حفظت ام نسيت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة الثلاث
النفقة والسكنى ما دامت في العدة ورده ايضا زيد بن ثابت واسامة بن زيد وجابر وعائشة
رضي الله عنهم ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها لان احتباسها ليس لحق الزوج بل لحق الشرع فان
التربص عبادة الا ترى ان معنى التعرف عن براءة الرحم ليس بمراعى فيه حتى لا يشترط فيه الحيض
فلا تجب نفقتها عليه ولان النفقة تجب شيئا فشيئا ولا ملك له بعد الموت فلا يمكن ايجابها في ملك الورثة
وكل فرقة جاءت من قبل المراة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها لانها صارت
حابسة نفسها بغير حق فصارت كما اذا كانت ناشزة بخلاف المهر بعد الدخول لانه وجد التسليم
في حق المهر بالوطئ وبخلاف ما اذا جاءت الفرقة من قبلها بغير معصية كخيار العتق وخيار
البلوغ والتفريق لعدم الكفاءة لانها حبست نفسها بحق وذلك لا يسقط النفقة كما اذا
حبست نفسها لاستيفاء المهر وان طلقها ثلاثا ثم ارتدت سقطت نفقتها وان مكنت ابن
زوجها من نفسها فلها النفقة معناه مكنت بعد الطلاق لان الفرقة تثبت بالطلاق الثلاث ولا عمل
فيها للردة والتمكين الا ان المرتدة تحبس حتى تتوب ولا نفقة للمحبوسة والممكنة لا تحبس فلهذا يقع
الفرق فصل ونفقة الاولاد الصغار على الاب لا يشاركه فيها احد كما لا يشاركه في نفقة الزوجة
لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن والمولود له هو الاب وان كان الصغير رضيعا فليس على امه ان
ترضعه لما بينا ان الكفاية على الاب واجرة الرضاع كالنفقة ولانها عساها لا تقدر عليه لعذر بها
فلا معنى للجبر عليه وقيل في تاويل قوله تعالى لا تضار والدة بولدها بالزامها الارضاع مع كراهتها وهذا
الذي ذكرنا بيان الحكم وذلك اذا كان يوجد من ترضعه اما اذا كان لا يوجد من ترضعه تجبر على
الارضاع صيانة للصبي عن الضياع قال ويستاجر الاب من ترضعه عندها اما استيجار
الاب فلان الاجر عليه وقوله عندها معناه اذا ارادت ذلك لان الحجر لها وان استاجرها
وهي زوجته او معتدته لترضع ولدها لم يجز لان الارضاع مستحق عليها ديانة لقوله تعالى
والوالدات يرضعن اولادهن الا انها عذرت لاحتمال عجزها فاذا اقدمت عليه بالاجر ظهر
قدرتها فكان الفعل واجبا عليها فلا يجوز اخذ الاجر عليه وهذا في المعتدة عن طلاق رجعي رواية
واحدة لان النكاح قائم وكذا في المبتوتة في رواية وفي رواية اخرى جاز استيجارها لان النكاح

قد زال

قد زال بالكلية فصارت كالاجنبية فان قال الاب لا استاجرها وجاء بغيرها فرضيت الام بمثل اجر
الاجنبية او رضيت بغير اجر كانت هي احق لانها اشفق فكان نظر الصبي في الدفع اليها وان التمست
زيادة لم يجبر الزوج عليها دفعا للضرر عنه واليه الاشارة في قوله تعالى لا تضار والدة بولدها ولا
مولود له بولده اي بالزامه اكثر من اجرة الاجنبية ونفقة الصغيرة واجبة على ابيه وان خالفه
في دينه اما الولد فلاطلاق ما تلونا ولانه جزؤه فيكون في معنى نفسه واما الزوجة فلان
السبب هو العقد الصحيح فانه بازاء الاحتباس الثابت به وقد صح العقد بين المسلم والكافرة
وترتب عليه الاحتباس فوجبت النفقة وفي جميع ما ذكرنا انما تجب النفقة على الاب اذا لم يكن
للصغير مال اما اذا كان فالاصل ان نفقة الانسان في مال نفسه صغيرا كان او كبيرا فصل
وعلى الرجل ان ينفق على ابويه واجداده وجداته اذا كانوا فقراء وان خالفوه في دينه اما
الابوان فلقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا نزلت في الابوين الكافرين وليس من المعروف
ان الابن يعيش في نعم الله تعالى ويتركهما يموتان جوعا واما الاجداد والجدات فلانهم
من الاباء والامهات ولهذا يقوم الجد مقام الاب عند عدمه ولانهم سببوا لاحيائه فاستوجبوا
عليه الاحياء بمنزلة الابوين وشرط الفقر لانه لو كان ذا مال فايجاب نفقته في ماله اولى من ايجابها
في مال غيره ولا يمتنع ذلك باختلاف الدين لما تلونا ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين الا
للزوجة والابوين والاجداد والجدات والولد وولد الولد اما الزوجة فلما ذكرنا انها واجبة
لها بالعقد لاحتباسها لحق له مقصود وهذا لا يتعلق باتحاد الملة واما غيرها فلان الجزئية ثابتة
وجزء المرء في معنى نفسه فكما لا يمتنع نفقة نفسه بكفره فكذا لا يمتنع نفقة جزئه الا انهم اذا كانوا
حربيين لا تجب نفقتهم على المسلم وان كانوا مستامنين لانا نهينا عن البر في حق من يقاتلنا في الدين
ولا تجب على النصراني نفقة اخيه المسلم وكذا لا تجب على المسلم نفقة اخيه النصراني لان النفقة متعلقة بالارث
بالنص بخلاف العتق عند الملك لانه متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث ولان القرابة موجبة للصلة
ومع الاتفاق في الدين اكد ودوام ملك اليمين اعلى في القطيعة من حرمان النفقة فاعتبرنا في الاعلى
اصل العلة وفي الادنى العلة المؤكدة ولهذا افترقا ولا يشارك الولد في نفقة ابويه احد لان لهما تاويلا
في مال الولد بالنص ولا تاويل لهما في مال غيره ولانه اقرب الناس اليهما فكان اولى باستحقاق نفقتهما عليه
وهي على الذكور والاناث بالسوية في ظاهر الرواية وهو الصحيح لان المعنى يشملهما وتجب النفقة لكل ذي
رحم محرم اذا كان صغيرا فقيرا او كانت امراة بالغة فقيرة او كان ذكرا بالغا فقيرا زمنا او اعمى

لان الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة والفاصل ان يكون ذا رحم محرم وقد قال الله تعالى
وعلى الوارث مثل ذلك وفي قراءة ابن مسعود رضي الله عنه وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك
ثم لا بد من الحاجة والصغر والانوثة والعمى امارة الحاجة لتحقق العجز فان القادر على الكسب غني
بكسبه بخلاف الابوين لانه يلحقهما تعب الكسب والولد مأمور بدفع الضرر عنهما فيجب نفقتهما مع قدرتهما على الكسب قال
ويجب ذلك على قدر الميراث ويجبر عليه لان التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار ولان الغرم
بالغنم والجبر لايفاء حق مستحق قال ويجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن على ابويه اثلاثا على
الاب الثلثان وعلى الام الثلث لان الميراث لهما على هذا المقدار قال رضي الله عنه هذا الذي ذكره
رواية الخصاف والحسن رحمهما الله وفي ظاهر الرواية كل النفقة على الاب لقوله تعالى وعلى المولود له
رزقهن وكسوتهن وصار كالولد الصغير ووجه الفرق على الرواية الاولى انه اجتمعت للاب في الصغير
ولاية ومؤنة حتى وجبت عليه صدقة فطره فاختص بنفقته ولا كذلك الكبير لانعدام الولاية فيه
فتشاركه الام وفي غير الوالد يعتبر قدر الميراث حتى تكون نفقة الصغير على الام والجد اثلاثا ونفقة المعسر
على الاخوات المتفرقات الموسرات اخماسا على قدر الميراث غير ان المعتبر اهلية الارث لا احرازه
فان المعسر اذا كان له خال وابن عم تكون نفقته على الخال وميراثه يحرزه ابن عمه ولا تجب نفقتهم مع اختلاف الدين
لبطلان اهلية الارث ولا بد من اعتباره ولا تجب على الفقير لانها تجب صلة وهو يستحقها على غيره
فكيف تستحق عليه بخلاف نفقة الزوجة وولده الصغير لانه التزمها بالاقدام على العقد اذ المقاصد
لا تنتظم دونها ولا يعمل في مثلها الاعسار ثم اليسار مقدر بالنصاب فيما روي عن ابي يوسف
وعن محمد انه قدره بما يفضل عن نفقة نفسه وعياله شهرا او بما يفضل عن ذلك من كسبه الدائم كل
كل يوم لان المعتبر في حقوق العباد انما هو القدرة دون النصاب والفتوى على الاول لكن النصاب
نصاب حرمان الصدقة واذا كان للابن الغائب مال قضي فيه بنفقة ابويه وقد بينا الوجه فيه
واذا باع ابوه متاعه في نفقته جاز عند ابي حنيفة وهذا استحسان وان باع العقار لم يجز
وفي قولهما لا يجوز في ذلك كله وهو القياس لانه لا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ ولهذا لا يملك حال
حضرته ولا يملك البيع في دين له سوى النفقة وكذا لا تملك الام في النفقة ولابي حنيفة ان للاب
ولاية الحفظ في مال الغائب الا ترى ان للوصي ذلك فالاب اولى لوفور شفقته وبيع المنقول
من باب الحفظ ولا كذلك العقار لانها محصنة بنفسها وبخلاف غير الاب من الاقارب لانه لا ولاية
لهم اصلا في التصرف في حالة الصغر ولا في الحفظ بعد الكبر واذا جاز بيع الاب فالثمن من جنس حقه وهو النفقة

فله

فله الاستيفاء منه كما لو باع العقار والمنقول على الصغير جاز لكمال الولاية ثم له ان يأخذ منه نفقته
لانه جنس حقه واذا كان للابن الغائب مال في يد ابويه فانفقا منه لم يضمنا لانهما استوفيا حقهما
لان نفقتهما واجبة قبل القضاء على ما مر وقد اخذا جنس الحق وان كان له مال في يد اجنبي فانفق عليهما
بغير اذن القاضي ضمن لانه تصرف في مال الغير بغير ولاية ولا نيابة لانه نائب في الحفظ لا غير بخلاف
ما اذا امره القاضي لان امره ملزم لعموم ولايته واذا ضمن لا يرجع على القابض لانه ملكه بالضمان فظهر
انه كان متبرعا فيه واذا قضى القاضي للولد والوالدين وذوي الارحام بالنفقة فمضت مدة سقطت
لان نفقة هؤلاء تجب كفاية للحاجة حتى لا تجب مع اليسار وقد حصلت بمضي المدة بخلاف نفقة الزوجة
اذا قضى بها القاضي لانها تجب مع يسارها فلا تسقط بحصول الاستغناء فيما مضى قال الا ان ياذن
القاضي بالاستدانة عليه لان القاضي له ولاية عامة فصار اذنه كامر الغائب فيصير دينا في ذمته
فلا تسقط بمضي المدة فصل وعلى المولى ان ينفق على عبده وامته لقوله عليه السلام في المماليك انهم اخوانكم
جعلهم الله تحت ايديكم اطعموهم مما تأكلون والبسوهم مما تلبسون ولا تعذبوا عباد الله فان امتنع
وكان لهما كسب اكتسبا وانفقا لان فيه نظرا للجانبين حتى يبقى المملوك حيا ويبقى فيه ملك المالك
وان لم يكن لهما كسب بان كان عبدا زمنا او جارية لا يؤاجر مثلها اجبر المولى على بيعهما لانهما من
اهل الاستحقاق وفي البيع ايفاء حقهما وابقاء حق المولى بالخلف بخلاف نفقة الزوجة لانها تصير
دينا فكان تأخيرا على ما ذكرنا ونفقة المملوك لا تصير دينا وبخلاف سائر الحيوانات لانها ليست من
اهل الاستحقاق فلا يجبر على نفقتها الا انه يؤمر به فيما بينه وبين الله تعالى لانه عليه السلام نهى عن تعذيب
الحيوان وفيه ذلك ونهى عن اضاعة المال وفيه اضاعته وعن ابي يوسف رحمه الله
انه يجبر والاصح ما قلنا والله اعلم بالصواب

كتاب العتاق

الاعتاق تصرف مندوب اليه قال عليه السلام
ايما مؤمن مسلم اعتق مؤمنا اعتق الله بكل عضو منه عضوا منه من النار ولهذا استحبوا ان يعتق
الرجل العبد والمرأة الامة ليتحقق مقابلة الاعضاء بالاعضاء قال العتق يصح من الحر البالغ العاقل
في ملكه شرط الحرية لان العتق لا يصح الا في الملك ولا ملك للمملوك والبلوغ لان الصبي ليس من اهله
لكونه ضررا ظاهرا ولهذا لا يملكه الولي عليه والعقل لان المجنون ليس باهل للتصرف صح
ولهذا لو قال البالغ اعتقت وانا صبي فالقول قوله وكذا لو قال المعتق
اعتقت وانا مجنون وجنونه كان ظاهرا لوجود الاسناد الى حالة منافية وكذا لو قال الصبي كل مملوك املكه
فهو حر اذا احتلمت لا يصح لانه ليس باهل لقول ملزم ولا بد ان يكون العبد في ملكه
حتى لو اعتق عبد غيره لا ينفذ لقوله عليه السلام لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم واذا قال لعبده او امته انت حر

أو معتق أو عتيق أو محرر أو قد حررتك أو قد أعتقتك فقد عتق نوى به العتق أو لم ينو لأن هذه الألفاظ
صريح فيه لأنها مستعملة فيه شرعا وعرفا فأغنى ذلك عن النية والوضع وإن كان في الإخبار فقد
جعل إنشاء في التصرفات الشرعية للحاجة كما في الطلاق والبيع وغيرهما ولو قال عنيت به الإخبار
الباطل أو أنه حر من العمل صدق ديانة لأنه يحتمله ولا يدين قضاء لأنه خلاف الظاهر ولو قال
له يا حر يا عتيق يعتق لأنه نداء بما هو صريح فيه وهو لاستحضار المنادى بالوصف المذكور وهذا
هو حقيقته فيقتضي تحقق الوصف فيه في المنادى وأنه يثبت من جهته فيقضى بثبوته تصديقا له وسنقرره من بعد
إن شاء الله تعالى إلا إذا سماه حرا ثم ناداه يا حر لأن مراده الإعلام باسم علمه وهو ما لقبه به ولو ناداه
بالفارسية يا آزاد وقد لقبه بالحر قالوا يعتق وكذلك عكسه لأنه ليس بنداء باسم علمه فيعتبر إخبارا
عن الوصف وكذلك لو قال رأسك حر أو وجهك أو رقبتك أو بدنك أو قال لأمته
فرجك حر لأن هذه الألفاظ يعبر بها عن جميع البدن وقد مر في الطلاق وإن أضافه إلى جزء
شائع يقع في ذلك الجزء وسيأتيك الاختلاف فيه إن شاء الله تعالى وإن أضافه إلى جزء
معين لا يعبر به عن الجملة كاليد والرجل لا يقع عندنا خلافا للشافعي رحمه الله والكلام فيه كالكلام في
الطلاق وقد بيناه ولو قال لا ملك لي عليك ونوى به الحرية عتق وإن لم ينو لم يعتق لأنه يحتمل
أنه أراد بقوله لا ملك لي عليك لأني بعتك ويحتمل لأني أعتقتك فلا يتعين أحدهما
مرادا إلا بالنية قال وكذا كنايات العتق وذلك مثل قوله خرجت عن ملكي ولا سبيل لي عليك
وقد خليت سبيلك لأنه يحتمل السبيل والخروج عن الملك وتخلية السبيل بالبيع والكتابة كما يحتمل بالعتق
فلا بد من النية وكذا قوله لأمته قد أطلقتك لأنه بمنزلة قوله قد خليت سبيلك وهو المروي عن أبي يوسف رحمه الله
بخلاف قوله طلقتك على ما نبين إن شاء الله تعالى ولو قال لا سلطان لي عليك ونوى العتق لم يعتق
لأن السلطان عبارة عن اليد وسمي السلطان به لقيام يده وقد يبقى الملك دون اليد كما في
المكاتب بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لأن نفيه مطلقا بانتفاء الملك لأن للمولى على المكاتب
سبيلا فلهذا يحتمل العتق ولو قال هذا ابني وثبت على ذلك عتق ومعنى المسألة إذا كان يولد مثله
لمثله وإن كان لا يولد مثله لمثله ذكره بعد هذا ثم إن لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه لأن
ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد يحتاج إلى النسب فيثبت منه وإذا ثبت عتق لأنه يستند النسب

إلى وقت

إلى وقت العلوق وإن كان له نسب معروف لا يثبت نسبه منه للتعذر ويعتق إعمالا للفظ
في مجازه عند تعذر إعماله في حقيقته ووجه المجاز نذكره إن شاء الله تعالى ولو قال هذا مولاي أو
يا مولاي عتق أما الأول فلأن اسم المولى وإن كان ينتظم الناصر وابن العم والموالاة
في الدين والأعلى والأسفل في العتاقة إلا أنه تعين الأسفل فصار كاسم خاص له وهذا
لأن المولى لا يستنصر بمملوكه عادة وللعبد نسب معروف فانتفى الأول والثاني والثالث نوع مجاز
والكلام لحقيقته والإضافة إلى العبد تنافي كونه معتقا فتعين المولى الأسفل فالتحق بالصريح
وكذا إذا قال لأمته هذه مولاتي لما بينا ولو قال عنيت به المولى في الدين أو الكذب يصدق فيما
بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لمخالفته الظاهر وأما الثاني فلأنه لما تعين الأسفل مرادا
التحق بالصريح يعتق بأن قال يا حر يا عتيق وكذا النداء بهذا اللفظ وقال زفر رحمه الله لا يعتق في الثاني
لأنه يقصد به الإكرام بمنزلة قوله يا سيدي يا مالكي قلنا الكلام لحقيقته وقد أمكن العمل به بخلاف ما ذكر
لأنه ليس فيه ما يختص بالعتق فكان إكراما محضا ولو قال يا ابني أو يا أخي لم يعتق لأن النداء
لإعلام المنادى إلا أنه لا يمكن إثباته من جهته كان للإعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره
والبنوة لا يمكن إثباتها حالة النداء من جهته لأنه لو انخلق من ماء غيره لا يكون ابنا له بهذا النداء
فكان لمجرد الإعلام ويروى عن أبي حنيفة رحمه الله شاذا أنه يعتق فيهما والاعتماد على الظاهر ولو قال
يا ابن لا يعتق لأن الأمر كما أخبر فإنه ابن أبيه وكذا إذا قال يا بني أو يا بنية لأنه تصغير
الابن والبنت من غير إضافة والأمر كما أخبر وإذا قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عليه
عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يعتق وهو قول الشافعي رحمه الله لهما أنه كلام محال فيرد ويلغو كقوله أعتقتك
قبل أن أخلق أو قبل أن تخلق ولأبي حنيفة رحمه الله أنه محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه لأنه إخبار
عن حريته من حين ملكه وهذا لأن البنوة في المملوك سبب لحريته إما إجماعا أو صلة للقرابة وإطلاق
السبب وإرادة المسبب مستجاز في اللغة تجوزا ولأن الحرية ملازمة للبنوة في المملوك
والمشابهة في وصف ملازم من طرق المجاز على ما عرف فيحمل عليه تحرزا عن الإلغاء
بخلاف ما استشهد به لأنه لا وجه له في المجاز فتعين الإلغاء وهذا بخلاف ما إذا قال
لغيره قطعت يدك فأخرجهما صحيحتين حيث لم يجعل مجازا عن الإقرار بالمال والتزامه
وإن كان القطع سببا لوجوب المال لأن القطع خطأ سبب لوجوب مال مخصوص وهو
الأرش وأنه يخالف مطلق المال في الوصف حتى وجب على العاقلة في سنتين ولا يمكن

أو بالنداء باللفظ الصريح صح

إذا كان بوصف يمكن إثباته من جهته كان لتحقيق ذلك الوصف في المنادى استحضارا له بالوصف المخصوص كما في قوله يا حر على ما بيناه وإذا كان النداء بوصف صح

قد قيل على الخلاف وقيل هو بالاجماع انه لا يعتق لان المشار اليه اذا لم يكن من جنس المسمى فالعبرة للمسمى كما لو كان باع
فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج فالبيع باطل والذكر والانثى في بني آدم جنسان مختلفان فاذا لم يكن المشار اليه
من جنس المسمى تعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم ولا يمكن تصحيح الكلام ايجابا ولا اقرارا في المعدوم كفاية

اثباته بدون القطع وما امكن اثباته فالقطع ليس بسبب له اما الحرية لا تختلف ذاتا
وحكما فامكن حمله مجازا عنه ولو قال هذا ابي او امي ومثله لا يولد لمثلهما فهو على الخلاف
لما بينا ولو قال لصبي صغير هذا جدي قيل هو على الخلاف وقيل لا يعتق بالاجماع لان هذا
لا موجب له في الملك الا بواسطة وهو الاب وهي غير ثابتة في كلامه فتعذر ان يجعل مجازا عن
الموجب بخلاف الابوة والبنوة لان لهما موجبا في الملك من غير واسطة ولو قال هذا اخي
لا يعتق في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة رح انه يعتق ووجه الروايتين ما بيناه ولو قال لعبده
هذا ابنتي فقد قيل على الخلاف وقيل هو بالاجماع لان المشار اليه ليس من جنس المسمى فيتعلق
الحكم بالمسمى وهو معدوم فلا يعتبر وقد حققناه في النكاح وان قال لامته انت طالق
او باين او تخمري ونوى به العتق لم يعتق وقال الشافعي رح يعتق اذا نوى وكذا على هذا
الخلاف سائر الفاظ الصريح والكناية على ما قاله مشايخهم رح له انه نوى ما يحتمله لفظه لان
بين الملكين موافقة اذ كل واحد منهما ملك العين اما ملك اليمين فظاهر وكذا ملك
النكاح في حكم ملك العين حتى كان التأبيد من شرطه والتأقيت مبطلا له وعمل اللفظين في
اسقاط ما هو حقه وهو الملك ولهذا يصح التعليق فيه بالشرط اما الاحكام فتثبت بسبب سابق
وهو كونه مكلفا ولهذا يصلح لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق فكذا عكسه ولنا
انه نوى ما لا يحتمله لفظه لان الاعتاق لغة اثبات القوة والطلاق رفع القيد وهذا لان
العبد الحق بالجمادات وبالاعتاق يحيى فيقدر ولا كذلك المنكوحة فانها قادرة الا ان
قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فتظهر القوة ولا خفاء ان الاول اقوى ولان ملك
اليمين فوق ملك النكاح فكان اسقاطه اقوى واللفظ يصلح مجازا عما هو دون حقيقته
لا عما هو فوقه فلهذا امتنع في المتنازع فيه وانساغ في عكسه واذا قال لعبده انت مثل
الحر لم يعتق لان المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفا فوقع الشك في الحرية ولو قال ما
انت الا حر عتق لان الاستثناء من النفي اثبات على وجه التأكيد كما في كلمة الشهادة ولو قال
راسك راس حر لا يعتق لانه تشبيه بحذف حرفه ولو قال راسك راس حر لانه اثبات
الحرية فيه اذ الراس يعبر به عن جميع البدن فصل ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وهذا
اللفظ مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر واللفظ بعمومه
ينتظم كل قرابة مؤيدة بالمحرمية ولادا او غيره والشافعي رح يخالفنا في غيره له ان ثبوت العتق

غير

قوله والاخوة وما يضاهيها وهي القرابة المتوسطة بين قرابة الولاد والارحام كالاعمام والاخوال
وقد الحقت بالبعيدة في الشهادة والزكوة والنفقة وحل الحليلة وامتناع التكاتب وكذا في الحكم قوله
فامتنع الالحاق اي القياس لان الحكم في الاصل ثابت مع منافات القياس فلا يجري في مثله القياس قوله
او الاستدلال اي امتنع دلالة النص ايضا لان قرابة الاخوة ادنى من قرابة الولاد وشرط
في الدلالة مساواة الفرع الاصل في كل وجه كفاية

من غير رضاء المالك يقتضيه القياس او لا يقتضيه والاخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد
فامتنع الالحاق او الاستدلال ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد ولم يمتنع فيه ولنا ما رويناه
ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه وهذا هو المؤثر في الاصل والولاد ملغى لانها هي
التي يفترض وصلها ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح ولا فرق بين ما اذا كان المالك
مسلما او كافرا في دار الاسلام لعموم العلة والمكاتب اذا اشترى اخاه ومن يجري مجراه لا
يتكاتب عليه لانه ليس له ملك تام يقدره على الاعتاق والافتراض عند القدرة بخلاف الولاد
لان العتق فيه من مقاصد الكتابة فامتنع البيع ليعتق تحقيقا لمقصود العقد وعن ابي حنيفة رحمه الله
انه يتكاتب على الاخ ايضا وهو قولهما قلنا ان نمنع وهذا بخلاف ما اذا ملك ابنة عمه وهي اخته
من الرضاع لان المحرمية ما ثبتت بالقرابة والصبي جعل اهلا لهذا العتق وكذا المجنون حتى عتق القريب
عليهما عند الملك لانه تعلق به حق العبد فشابه النفقة ومن عتق عبدا لوجه الله تعالى او للشيطان
او للصنم عتق لوجود ركن الاعتاق من اهله في محله ووصف القربة في اللفظ الاول زيادة فلا
يختل العتق بعدمه في اللفظين الاخيرين وعتق المكره والسكران واقع لصدور الركن من الاهل في المحل
كما في الطلاق وقد بيناه من قبل واذا اضاف العتق الى ملك او شرط صح كما في الطلاق اما الاضافة
الى الملك ففيه خلاف الشافعي رح وقد بيناه في كتاب الطلاق واما التعليق بالشرط فلانه اسقاط
فيجري فيه التعليق بخلاف التمليكات على ما عرف في موضعه واذا خرج عبد الحربي الينا مسلما عتق لقوله
في عبيد الطائف حين خرجوا اليه مسلمين هم عتقاء الله ولانه احرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق
على المسلم ابتداء وان اعتق حاملا عتق حملها تبعا لها اذ هو متصل بها وان اعتق الحمل خاصة عتق دونها
لانه لا وجه الى اعتاقها مقصودا لعدم الاضافة ولا اليه تبعا لما فيه من قلب الموضوع ثم اعتاق
الحمل صحيح ولا يصح بيعه وهبته لان التسليم نفسه شرط في الهبة والقدرة عليه في البيع ولم يوجد
بالاضافة الى الجنين وشيء من ذلك ليس بشرط في الاعتاق فافترقا ولو اعتق الحمل على مال صح
ولا يجب المال اذ لا وجه الى الزام المال على الجنين لعدم الولاية عليه ولا الى الزامه الام لانه في حق
العتق نفس على حدة واشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز على ما مر في الخلع وانما يعرف
قيام الحبل وقت العتق اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر منه لانه ادنى مدة الحمل وولد الامة
من مولاها حر لانه مخلوق من مائه فيعتق عليه هذا هو الاصل ولا معارض له فيه لان ولد الامة
لمولاها وولدها من زوجها مملوك لسيدها لترجح جانب الام باعتبار الحضانة او لاستهلاك مائه

بمائها والمنافاة متحققة والزوج قد رضي به بخلاف ولد المغرور لان الوالد ما رضي به وولد الحرة حر على كل حال لان جانبها راجح فيتبعها في وصف الحرية كما يتبعها في وصف المملوكية والمرقوقية والتدبير وامومية الولد والكتابة والله اعلم بالصواب

باب العبد يعتق بعضه

اذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند ابي حنيفة رح وقالا يعتق كله واصله ان الاعتاق يتجزى عنده فيقتصر على ما اعتق وعندهما لا يتجزى وهو قول الشافعي رحمه الله فاضافته الى البعض كاضافته الى الكل فلهذا يعتق كله لهم ان الاعتاق اثبات العتق وهو قوة حكمية واثباتها بازالة ضدها وهو الرق الذي هو ضعف حكمي وهما لا يتجزيان وصار كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد ولابي حنيفة رحمه الله ان الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك او هو ازالة الملك لان الملك حقه والرق حق الشرع او حق العامة وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف وهو ازالة حقه لا حق غيره والاصل ان التصرف يقتصر على موضع الاضافة والتعدي الى ما وراءه ضرورة عدم التجزي والملك متجز كما في البيع والهبة فيبقى على الاصل وتجب السعاية لاحتباس مالية البعض عند العبد والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده لان الاضافة الى البعض توجب ثبوت المالكية في كله لعدم التجزي وبقاء الملك في بعضه يمنعه فعملنا بالدليلين بانزاله مكاتبا اذ هو مالك يدا لا رقبة والسعاية كبدل الكتابة فله ان يستسعيه وله خيار ان يعتقه لان المكاتب قابل للاعتاق غير انه اذا عجز لا يرد الى الرق لانه اسقاط لا الى احد فلا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة المقصودة لانه عقد يقال ويفسخ وليس في الطلاق والعفو حالة متوسطة فاثبتناه في الكل ترجيحا للمحرم والاستيلاد متجز عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه وفي القنة لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد وان كان العبد بين شريكين فاعتق احدهما نصيبه عتق فان كان موسرا فشريكه بالخيار ان شاء اعتق وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وان شاء استسعى العبد فان ضمن رجع المعتق على العبد او استسعى والولاء بينهما وان كان المعتق موسرا فالشريك بالخيار ان شاء اعتق وان شاء استسعى والولاء بينهما في الوجهين وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار ولا يرجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وهذه المسئلة تبتني على حرفين احدهما تجزي الاعتاق وعدمه على ما بيناه والثاني ان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وعندهما يمنع لهما في الثاني قوله عليه السلام في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى في حصة الاخر قسم والقسمة تنافي الشركة وله انه احتبست مالية نصيبه عند العبد فله ان يضمنه كما اذا هبت الريح في ثوب انسان والقته في صبغ غيره حتى انصبغ به فعلى صاحب

الثوب قيمة صبغ الاخر موسرا كان او معسرا لما قلنا فكذا ههنا الا ان العبد فقير فيستسعيه ثم المعتبر يسار التيسير وهو ان يملك من المال قدر قيمة نصيب الاخر لا يسار الغنى لان به يعتدل النظر من الجانبين بتحقيق ما قصده المعتق من القربة وايصال بدل حق الساكت اليه ثم التخريج على قولهما ظاهر فعدم رجوع المعتق على العبد بما ضمن لعدم السعاية عليه في حالة اليسار والولاء للمعتق لان العتق كله من جهته لعدم التجزي واما التخريج على قوله فخيار الاعتاق لقيام ملكه في الباقي اذ الاعتاق يتجزى عنده والتضمين لان المعتق جان عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك مما سوى الاعتاق وتوابعه والاستسعاء لما بيناه ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لانه قام مقام الساكت باداء الضمان وقد كان لذلك ان يستسعيه فكذلك للمعتق ولانه ملكه باداء الضمان ضمنا فيصير كان الكل له وقد اعتق بعضه فله ان يعتق الباقي او يستسعي ان شاء والولاء للمعتق في هذا الوجه لان العتق كله من جهته حيث ملكه بالضمان وفي حالة اعسار المعتق ان شاء اعتق لبقاء ملكه وان شاء استسعى لما بيناه والولاء له في الوجهين لان العتق من جهته ولا يرجع المستسعى على المعتق بما ادى باجماع بيننا لانه يسعى لفكاك رقبته او لا يقضي دينا على المعتق اذ لا شيء عليه لعسرته بخلاف المرهون اذا اعتقه الراهن المعسر لانه يسعى في رقبة قد فكت او يقضي دينا على الراهن فلهذا يرجع عليه وقول الشافعي رح في الموسر كقولهما وقال في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب لانه لا وجه الى تضمين الشريك لاعساره ولا الى السعاية لان العبد ليس بجان ولا راض به ولا الى اعتاق الكل للاضرار بالساكت فتعين ما عيناه قلنا الى الاستسعاء سبيل لانه لا يفتقر الى الجناية بل تبتني على احتباس المالية فلا يصار الى الجمع بين القوة الموجبة للمالكية والضعف السالب لها في شخص واحد قال ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانا او معسرين عند ابي حنيفة رح وكذا اذا كان احدهما موسرا والاخر معسرا لان كل واحد منهما يزعم ان صاحبه اعتق نصيبه فصار مكاتبا في زعمه عند ابي حنيفة رح وحرم عليه الاسترقاق فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه ويستسعيه لانا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان او صادقا لانه مكاتبه او مملوكه فلهذا يستسعيانه ولا يختلف ذلك باليسار والاعسار لان حقه في الحالين في احد الشيئين لان يسار المعتق لا يمنع السعاية

عنده وقد تعذر التضمين لانكار الشريك فتعين الآخر وهو السعاية والولاء لهما لان كلا
منهما يقول اعتق نصيب الآخر صاحبي عليه باعتاقه وولاؤه له وعتق نصيبي بالسعاية
وولاؤه لي وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان كانا معسرين فلا سعاية عليه لان كل واحد منهما
يتبرأ عن السعاية بدعوى العتاق على صاحبه لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما الا ان
الدعوى لم يثبت لانكار الآخر والبراءة قد تثبت لاقراره على نفسه وان كانا معسرين سعى لهما
لان كل واحد منهما يدعي السعاية عليه صادقا كان او كاذبا على ما بيناه اذ المعتق معسر وان
كان احدهما معسرا والآخر موسرا سعى للموسر منهما لانه لا يدعي الضمان على صاحبه لاعساره
وانما يدعي عليه السعاية ولا يتبرأ عنه ولا يسعى للمعسر لانه يدعي الضمان على صاحبه ليساره
فيكون مبرئا للعبد عن السعاية والولاء موقوف في جميع ذلك عندهما لان كل واحد منهما يحيله
على صاحبه وهو يتبرأ عنه فيبقى موقوفا الى ان يتفقا على اعتاق احدهما ولو قال احد الشريكين ان
لم يدخل فلان هذه الدار غدا فهو حر وقال الآخر ان دخل فهو حر فمضى الغد ولا يدرى دخل ام لا
عتق النصف وسعى لهما في النصف وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يسعى في جميع قيمته
لان المقضي عليه بسقوط السعاية مجهول ولا يمكن القضاء على المجهول فصار كما اذا قال لغيره لك على احدنا
الف درهم فانه لا يقضى بشيء للجهالة كذا هذا ولهما انا تيقنا بسقوط نصف السعاية لان احدهما حانث
بيقين ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضى بوجوب الكل والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع
كما اذا اعتق احد عبديه لا بعينه ومات قبل التذكر والبيان ويأتي التوزيع فيه على ان
اليسار يمنع السعاية او لا يمنعها على الاختلاف الذي سبق ولو حلفا على عبدين كل واحد منهما
لاحدهما لم يعتق واحد منهما لان المقضي عليه بالعتق مجهول وكذا المقضي له فتفاحشت الجهالة
فامتنع القضاء وفي العبد الواحد المقضي له والمقضي به معلوم فغلب المعلوم المجهول واذا
اشترى الرجلان ابن احدهما عتق نصيب الاب لانه ملك شقص قريبه وشراؤه اعتاق
على ما مر ولا ضمان عليه علم الآخر انه ابن شريكه او لم يعلم وكذلك اذا ورثاه فالشريك بالخيار
ان شاء اعتق نصيبه وان شاء استسعى العبد وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا في الشراء
يضمن الاب نصف قيمته ان كان موسرا وان كان معسرا سعى الابن في نصف
قيمته لشريك ابيه وعلى هذا الخلاف اذا ملكاه بهبة او صدقة او وصية وعلى هذا اذا اشتراه رجلان
واحدهما قد حلف بعتقه ان اشترى نصفه لهما انه ابطل نصيب صاحبه بالاعتاق لان

اعتاق فصار كما اذا كان العبد بين اجنبيين فاعتق احدهما نصيبه وله انه رضي بافساد نصيبه
فلا يضمنه كما اذا اذن له باعتاق نصيبه صريحا ودلالة ذلك انه شاركه فيما هو علة العتق
وهي الشراء لان شرى القريب اعتاق حتى يخرج به عن الكفارة عندنا وهذا ضمان افساد في ظاهر
قولهما حتى يختلف باليسار والاعسار فيسقط بالرضا ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه وهو ظاهر
الرواية لان الحكم يدار على السبب كما لو قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم
الآمر بملكه فان بدأ الاجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الاب النصف الآخر وهو موسر فالاجنبي
بالخيار ان شاء ضمن الاب لانه ما رضي بافساد نصيبه وان شاء استسعى الابن
في نصف قيمته لاحتباس ماليته عنده وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده
وقالا لا خيار له ويضمن الاب نصف قيمته لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما ومن اشترى
نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن ان كان موسرا معناه اذا اشترى
نصفه ممن يملك كله فلا يضمن لبائعه شيئا عنده والوجه قد ذكرناه واذا كان العبد بين ثلثة
نفر فدبره احدهم وهو موسر ثم اعتقه الآخر وهو موسر فارادوا الضمان فللساكت ان يضمن
المدبر ولا يضمن المعتق وللمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذي ضمن
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا العبد كله للذي دبره اول مرة ويضمن ثلثي قيمته لشريكيه موسرا
كان او معسرا واصل هذا ان التدبير يتجزى عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما كالاعتاق لانه شعبة من
شعبه فيكون معتبرا به ولما كان متجزيا عنده اقتصر على نصيبه وقد افسد بالتدبير نصيب الآخرين فلكل
واحد منهما ان يعتق نصيبه او يدبر او يكاتب او يضمن المدبر او يستسعي العبد او يتركه على حاله
لان نصيبه باق على ملكه فاسدا بافساد شريكه حيث سد عليه طرق الانتفاع به بيعا وهبة على ما
مر فاذا اختار احدهما العتق تعين حقه فيه وسقط اختياره غيره فتوجه للساكت سببا ضمان
تدبير المدبر واعتاق هذا المعتق غير ان له ان يضمن المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة اذ
هو الاصل حتى جعل الغصب ضمان معاوضة على اصلنا وامكن ذلك في التدبير لكونه قابلا للنقل
من ملك الى ملك وقت التدبير ولا يمكن ذلك في الاعتاق لانه عند ذلك مكاتب او حر
على اختلاف الاصلين ولا بد من رضا المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال فلهذا يضمن المدبر
والضمان يتقدر ثم للمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا لانه افسد عليه نصيبه مدبرا والضمان
يتقدر بقيمة المتلف وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا على ما قالوا ولا يضمنه قيمة ما ملكه بالضمان من جهة

الكسب لان ملكه يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في حق الضمان والولاء
بين المعتق والمدبر اثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار واذا لم يكن
التدبير متجزيا عنده صار كله مدبرا للمدبر وقد افسد نصيب شريكه لما بينا فيضمنه ولا يختلف باليسار والاعسار
لانه ضمان تملك فاشبه الاستيلاد بخلاف الاعتاق لانه ضمان جناية والولاء كله للمدبر وهذا ظاهر
واذا كانت جارية بين رجلين زعم احدهما انها ام ولد لصاحبه وانكر صاحبه فهي موقوفة يوما فيوما
تخدم المنكر يوما عنده رح وقالا ان شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل
عليها لهما انه لما لم يصدقه صاحبه انقلب اقرار المقر عليه كانه استولدها فصار كما اذا اقر المشتري على البائع
انه اعتق المبيع قبل البيع يجعل كانه اعتق كذا هذا فيمتنع الخدمة ونصيب المنكر على ملكه في الحكم فتخرج الى
العتاق بالسعاية كام ولد النصراني اذا اسلمت ولابي حنيفة رح ان المقر لو صدق كانت الخدمة
كلها للمنكر ولو كذب كان له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن به وهو النصف ولا خدمة للشريك
الشاهد ولا استسعاء لانه يتبرا عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد والضمان والاقرار بامومية
الولد يتضمن الاقرار بالنسب وهو امر لازم لا يرتد بالرد فلا يمكن ان يجعل المقر كالمستولد وان كانت
ام ولد بينهما فاعتقها احدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رح وقالا يضمن نصف قيمتها لان
مالية ام الولد غير متقومة عنده ومتقومة عندهما وعلى هذا الاصل تبتنى عدة من المسائل اوردناها في كفاية المنتهي وجه قولهما
انها منتفع بها وطئا واجارة واستخداما وهذا هو دلالة التقوم وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها كما
في المدبر الا ترى ان ام ولد النصراني اذا اسلمت عليها السعاية وهذا اية التقوم غير ان قيمتها ثلث
قيمتها قنة على ما قالوا لفوات منفعة البيع والسعاية بعد الموت بخلاف المدبر لان الفائت منفعة البيع
اما السعاية والاعتاق باقيان ولابي حنيفة رح ان التقوم بالاحراز وهي محرزة للنسب لا للتقوم
والاحراز للتقوم تابع ولهذا لا تسعى لغريم ولا لوارث بخلاف المدبر وهذا لان السبب فيها متحقق
في الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة الا انه لم يظهر عمله في حق
الملك في ضرورة الانتفاع فعمل السبب في اسقاط التقوم وفي المدبر ينعقد
السبب بعد الموت وامتناع البيع فيه لتحقيق مقصوده فافترقا وفي ام ولد النصراني
قضينا بتكاتبها عليه دفعا للضرر عن الجانبين وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه الى التقوم والله اعلم

باب عتق احد العبدين

ومن كان له ثلثة اعبد دخل عليه اثنان فقال احدكما حر ثم
خرج واحد ودخل اخر فقال احدكما حر ثم مات ولم يبين عتق من الذي اعيد عليه القول

ثلاثة ارباعه ونصف كل واحد من الاخرين عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح
كذلك الا في العبد الاخر فانه يعتق ربعه اما الخارج فلان الايجاب الاول دائر بينه
وبين الثابت وهو الذي اعيد عليه القول فاوجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما
فيصيب كلا منهما النصف غير ان الثابت استفاد بالايجاب الثاني ربعا اخر لان
الثاني دائر بينه وبين الداخل فيتنصف بينهما غير ان الثابت استحق نصف الحرية بالايجاب
الاول فشاع النصف المستحق بالثاني في نصفيه فما اصاب المستحق بالاول لغا وما اصاب
الفارغ بقي فيكون له الربع فتمت له ثلاثة الارباع ولانه لو اريد هو بالثاني يعتق نصفه ولو اريد
به الداخل لا يعتق هذا النصف فيتنصف فيعتق منه الربع بالثاني والنصف بالاول
واما الداخل فمحمد رح يقول لما دار الايجاب الثاني بينه وبين الثابت وقد اصاب الثابت
منه الربع فكذلك الداخل وهما يقولان انه دائر بينهما وقضيته التنصيف وانما نزل الى
الربع في حق الثابت لاستحقاقه النصف بالايجاب الاول كما ذكرنا ولا استحقاق
للداخل من قبل فيثبت فيه النصف فان كان القول منه في المرض قسم الثلث على هذا وشرح ذلك
ان يجمع بين سهام العتق وهي سبعة على قولهما لانا نجعل كل رقبة على اربعة لحاجتنا الى ثلاثة الارباع
فنقول يعتق من الثابت ثلاثة ومن الاخرين من كل منهما سهمان فيبلغ سهام العتق سبعة والعتق
في مرض الموت وصية ومحل نفاذها الثلث فلا بد ان يجعل سهام الورثة ضعف ذلك
فيجعل كل رقبة على سبعة وجميع المال احد وعشرون فيعتق من الثابت ثلاثة ويسعى في اربعة
ومن الباقيين من كل واحد منهما سهمان ويسعى في خمسة فاذا تاملت وجمعت استقام الثلث
والثلثان وعند محمد رح يجعل كل رقبة على ستة لانه يعتق من الداخل عنده سهم
فنقصت سهام العتق بسهم وصار جميع المال ثمانية عشر وباقي التخريج ما مر ولو كان
هذا في الطلاق وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه
ومن مهر الثابتة ثلاثة اثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه قيل هذا قول محمد رح خاصة وعندهما يسقط
ربعه وقيل هو قولهما ايضا وقد ذكرنا الفرق وتمام تفريعاتها في الزيادات ومن قال لعبديه
احدكما حر فباع احدهما او مات او قال له انت حر بعد موتي عتق الاخر لانه لم يبق
محلا للعتق اصلا بالموت وللعتق من جهته بالبيع وللعتق من كل وجه بالتدبير فتعين له الاخر ولانه
بالبيع قصد الوصول الى الثمن وبالتدبير ابقاء الانتفاع الى موته والمقصودان ينافيان

العتق الملتزم فتعين له الآخر دلالة وكذا اذا استولد احديهما للمعنيين في التدبير
ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه والمطلق وبشرط الخيار لاحد
المتعاقدين لاطلاق جواب الكتاب والمعنى ما قلناه والعرض على البيع ملحق به في المحفوظ
عن ابي يوسف والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع لانه تمليك وكذا لو قال لامرأتيه
احديكما طالق ثم ماتت احديهما لما قلنا وكذا لو وطئ احديهما لما بينا ولو قال
لامتيه احديكما حرة ثم جامع احديهما لم تعتق الاخرى عند ابي حنيفة رح وقالا تعتق لان الوطي
لا يحل الا في الملك واحديهما حرة فكان بالوطي مستبقيا الملك في الموطوءة لا في الاخرى
في المنكرة وهي معينة فكان وطيها حلالا فلا يجعل بيانا ولهذا حل وطيهما على مذهبه الا انه
لا يفتى به ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به او يقال نازل في المنكرة فيظهر في حق حكم تقبله
والوطي يصادف المعينة بخلاف الطلاق لان المقصود من النكاح الولد وقصد الولد بالوطي يدل
على استبقاء الملك في الموطوءة صيانة للولد اما الامة فالمقصود من وطيها قضاء الشهوة
دون الولد فلا يدل على الاستبقاء ومن قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت
حرة فولدت غلاما وجارية ولا يدرى ايهما ولد اولا عتق نصف الام ونصف الجارية
والغلام عبد لان كل واحدة منهما تعتق في حال وهو ما اذا ولدت الغلام اولا الام
بالشرط والجارية لكونها تبعا لها اذ الام حرة حين ولدتها وترق في حال وهو ما اذا
ولدت الجارية اولا لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحدة وتسعى في النصف اما الغلام
فيرق في الحالين فلهذا يكون عبدا واذا ادعت الام ان الغلام هو المولود اولا وانكر المولى
والجارية صغيرة فالقول مع اليمين لانكاره شرط العتق فان حلف لم يعتق واحد منهم وان نكل
عتقت الام والجارية لان دعوى الام حرية الصغيرة لكونها نفعا محضا فاعتبر النكول
في حق حريتها فعتقتا ولو كانت الجارية كبيرة ولم تدع شيئا والمسئلة بحالها عتقت الام
بنكول المولى خاصة دون الجارية لان دعوى الام غير معتبرة في حق الجارية الكبيرة وصحة النكول
تبتنى على الدعوى فلم يظهر في حق الجارية وان كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة
الغلام والام ساكتة يثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الام لما قلنا والتحليف على العلم فيما
ذكرنا لانه استحلاف على فعل الغير وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهى قال
واذا شهد رجلان على رجل انه اعتق احد عبديه فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة رح

فتعينت الاخرى لزواله بالعتق كما في الطلاق
وله ان الملك قائم في الموطوءة صح

الا ان يكون

الا ان يكون في وصيته استحسانا ذكره في العتاق وان شهدا انه طلق احدى نسائه
جازت الشهادة ويجبر على ان يطلق احديهن وهذا بالاجماع وقال ابو يوسف ومحمد رح
الشهادة في العتق مثل ذلك واصل هذا ان الشهادة على عتق العبد
لا تقبل من غير دعوى العبد عند ابي حنيفة رح وعندهما تقبل والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة
مقبولة من غير دعوى بالاتفاق والمسئلة معروفة واذا كان دعوى العبد شرطا عنده لم يتحقق
في مسئلة الكتاب لان الدعوى من المجهول لا تتحقق فلا تقبل الشهادة وعندهما ليس بشرط
فتقبلت الشهادة وان عدم الدعوى اما في الطلاق فعدم الدعوى لا يوجب خللا في الشهادة
لانها ليست بشرط فيها ولو شهدا انه اعتق احدى امتيه لا تقبل عند ابي حنيفة رح وان لم
يكن الدعوى شرطا فيه لانه انما لا تشترط الدعوى لما انه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق والعتق
المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرنا فصار كالشهادة على عتق احد العبدين وهذا كله
اذا شهدا في صحته على انه اعتق احد عبديه في مرض موته او شهدا على تدبيره في صحته او في
مرضه واداء الشهادة في مرض موته او بعد الوفاة تقبل استحسانا لان التدبير حيثما وقع وقع
وصية وكذا العتق في مرض الموت وصية والخصم في الوصية انما هو الموصي وهو معلوم وعنه خلف
وهو الوارث او الوصي ولان العتق يشيع بالموت فيهما فصار كل واحد منهما خصما متعينا ولو
شهدا بعد موته انه قال في صحته احدكما حر فقد قيل لا تقبل لانه ليس بوصية وقيل تقبل للشيوع
باب الحلف بالعتق ومن قال ان دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر وليس له مملوك
فاشترى مملوكا ثم دخل عتق لان قوله يومئذ تقديره يوم اذ دخلت الا انه اسقط الفعل
وعوضه بالتنوين فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول وكذا لو كان في ملكه يوم حلف عبد فبقي
حتى دخل عتق لما قلنا ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ لم يعتق لان قوله كل مملوك لي للحال
والجزاء حرية المملوك في الحال الا انه لما دخل الشرط على الجزاء تأخر الى وجود الشرط فيعتق
اذا بقي على ملكه الى وقت الدخول ولا يتناول من اشتراه بعد اليمين ومن قال كل مملوك لي
ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرا لم يعتق وهذا اذا ولدت لستة اشهر فصاعدا
ظاهر لان اللفظ للحال وفي قيام وقت اليمين احتمال لوجود اقل مدة الحمل بعده وكذا
اذا ولدت لاقل من ستة اشهر لان اللفظ يتناول المملوك المطلق والجنين مملوك تبعا
للام لا مقصودا ولانه عضو من وجه واسم المملوك يتناول الانفس دون الاعضاء ولهذا

اما اذا شهدا انه اعتق عبديه صح

لا يملك مقصودا وقال رضي الله عنه وفائدة التقييد بوصف الذكورة انه اذا قال كل مملوك لي ذكر لا تدخل فيه الحامل فيدخل الحمل تبعا لها ولو قال كل مملوك املكه حر بعد غد او قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك في الحال فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي في ملكه يوم حلف لان قوله املكه للحال حقيقة يقال انا املك كذا وكذا ويراد به الحال وكذا يستعمل له من غير قرينة وللاستقبال بقرينة سين او سوف فيكون مطلقه للحال فكان الجزاء حرية المملوك للحال مضافا الى ما بعد الغد فلا يتناول ما يشتريه بعد اليمين ولو قال كل مملوك املكه او قال كل مملوك لي فهو حر بعد موتي وله مملوك فاشترى آخر فالذي كان عنده مدبر والآخر ليس بمدبر وان مات عتقا من الثلث وقال ابو يوسف رح في النوادر يعتق ما كان في ملكه يوم حلف ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه وعلى هذا اذا قال كل مملوك لي اذا مت فهو حر له ان اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه فلا يعتق به ما سيملكه ولهذا صار هو مدبرا دون الآخر ولهما ان هذا ايجاب عتق وايصاء حتى اعتبر من الثلث وفي الوصايا تعتبر الحالة الراهنة والحالة المنتظرة الا ترى انه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيده بعد الوصية وفي الوصية لاولاد فلان من يولد له بعدها والايجاب انما يصح مضافا الى الملك او الى سببه فمن حيث انه ايجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتبارا للحالة الراهنة فيصير مدبرا حتى لا يجوز بيعه ومن حيث انه ايصاء يتناول الذي يشتريه اعتبارا للحالة المتربصة وهي حالة الموت وقبل الموت حالة التملك استقبال محض فلا يدخل تحت اللفظ وعند الموت يصير كانه قال كل مملوك لي او كل مملوك املكه فهو حر بخلاف قوله بعد غد على ما تقدم لانه تصرف واحد وهو ايجاب العتق وليس فيه ايصاء والحالة استقبال محض فافترقا ولا يقال انكم جمعتم بين الحال والاستقبال لانا نقول نعم ولكن بسببين مختلفين ايجاب عتق ووصية وانما لا يجوز ذلك بسبب واحد

باب العتق على جعل

ومن اعتق عبده على مال فقبل العبد عتق وذلك مثل ان يقول انت حر على الف درهم او بالف درهم وانما يعتق بقبوله لانه معاوضة المال بغير المال اذ العبد لا يملك نفسه ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض للحال كما في البيع فاذا قبل صار حرا وما شرط دين عليه حتى تصح الكفالة به بخلاف بدل الكتابة لانه ثبت مع المنافي وهو قيام الرق على ما عرف واطلاق لفظ المال ينتظم انواعه من النقد والعرض والحيوان وان كان بغير عينه لانه معاوضة المال بغير المال فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد وكذا الطعام والمكيل والموزون اذا كان معلوم الجنس ولا يضره جهالة الوصف

لانها

لانها يسيرة قال ولو علق عتقه باداء المال صح وصار ماذونا وذلك مثل ان يقول ان اديت الي الف درهم فانت حر ومعنى قوله صح انه يعتق عند الاداء من غير ان يصير مكاتبا لانه صريح في تعليق العتق بالاداء وان كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء على ما نبين ان شاء الله تعالى وانما صار ماذونا لانه رغبه في الاكتساب بطلبه الاداء منه ومراده التجارة دون التكدي فكان اذنا له دلالة فان احضر المال اجبره الحاكم على قبضه وعتق العبد ومعنى الاجبار فيه وفي سائر الحقوق انه ينزل قابضا بالتخلية وقال زفر رح لا يجبر على القبول وهو القياس لانه تصرف يمين اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا ولهذا لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ولا جبر على مباشرة شروط الايمان لانه لا استحقاق قبل وجود الشرط بخلاف الكتابة لانه معاوضة والبدل فيها واجب ولنا انه تعليق نظرا الى اللفظ ومعاوضة نظرا الى المقصود لانه ما علق عتقه بالاداء الا ليحثه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان عوضا في الطلاق في مثل هذا اللفظ حتى كان بائنا فجعلناه تعليقا في الابتداء عملا باللفظ ودفعا للضرر عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد احق بمكاسبه ولا يسري الى الولد المولود قبل الاداء وجعلناه معاوضة في الانتهاء وعند الاداء دفعا للغرور عن العبد حتى يجبر المولى على القبول فعلى هذا يدور الفقه وتخرج المسائل فنظيره الهبة بشرط العوض قال ولو ادى البعض يجبر على القبول الا انه لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط كما اذا حط البعض وادى الباقي ثم لو ادى الفا اكتسبها قبل التعليق رجع المولى عليه وعتق لاستحقاقها ولو اكتسبها بعده لم يرجع عليه لانه ماذون من جهته بالاداء منه وقوله ان اديت يقتصر على المجلس لانه تخيير وفي قوله اذا اديت لا يقتصر لان اذا تستعمل للوقت بمنزلة متى ومن قال لعبده انت حر بعد موتي على الف درهم فالقبول بعد الموت لاضافة الايجاب الى ما بعد الموت فصار كما اذا قال انت حر غدا بالف درهم بخلاف ما اذا قال انت مدبر على الف درهم حيث يكون القبول اليه في الحال لان ايجاب التدبير في الحال الا انه لا يجب المال لقيام الرق قالوا لا يعتق في مسئلة الكتاب وان قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث لان الميت ليس باهل للاعتاق وهذا صحيح قال ومن اعتق عبده على خدمته اربع سنين فقبل العبد فعتق ثم مات من ساعته فعليه قيمة نفسه من ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح عليه قيمة خدمته اربع سنين اما العتق فلانه جعل الخدمة في مدة معلومة عوضا فيتعلق العتق بالقبول وقد وجد ولزمه خدمة اربع سنين لانه يصلح عوضا فصار كما اذا اعتقه على الف درهم ثم اذا مات العبد فالخلافية بناء على خلافية اخرى وهو ان من باع

نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية او هلكت يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه
عندهما وبقيمة الجارية عنده وهي معروفة ووجه البناء انه كما يتعذر تسليم الجارية بالهلاك
انه كما يتعذر تسليم الجارية بالهلاك والاستحقاق يتعذر الوصول الى الخدمة بموت العبد
وكذا بموت المولى فصار نظيرها ومن قال لآخر اعتق امتك على الف درهم على ان تزوجنيها
ففعل فابت ان تتزوجه فالعتق جائز ولا شيء على الآخر لان الاشتراط لان من قال لغيره
اعتق عبدك على الف درهم علي ففعل حيث لا يجب الالف على الآمر لان اشتراط البدل على الاجنبي
في الطلاق جائز وفي العتاق لا يجوز وقد قررناه من قبل ولو قال اعتق امتك عني على الف
درهم والمسألة بحالها قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما اصاب القيمة اداه الآمر
وما اصاب المهر بطل عنه لانه لما قال عني تضمن الشراء اقتضاء على ما عرف واذا كان كذلك
فقد قابل الالف بالرقبة شراء وبالبضع نكاحا فانقسم عليهما ووجبت حصة ما سلم له وهو
الرقبة وبطل ما لم يسلم له وهو البضع فلو زوجت نفسها منه لم يذكره وجوابه ان ما اصاب
قيمتها سقط في الوجه الاول وهي للمولى في الوجه الثاني وما اصاب مهر مثلها كان مهرا لها
في الوجهين

باب التدبير

واذا قال المولى لعبده اذا مت فانت حر او انت حر عن
دبر مني او انت مدبر او قد دبرتك فقد صار مدبرا لان هذه الالفاظ صريح في
التدبير فانه اثبات العتق عن دبر ثم لا يجوز بيعه ولا هبته ولا اخراجه عن ملكه
الا الى الحرية كما في الكتابة وقال الشافعي رح يجوز لانه تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع به
البيع والهبة كما في سائر التعليقات وكما في المدبر المقيد ولان التدبير وصية
وهي غير مانعة من ذلك ولنا قوله عم لا يباع المدبر ولا يوهب ولا يورث وهو حر
من الثلث ولانه سبب الحرية لان الحرية تثبت بعد الموت ولا سبب غيره ثم جعله سببا
في الحال اولى لوجوده في الحال وعدمه بعد الموت ولان ما بعد الموت حال بطلان الاهلية
التصرف فلا يمكن تأخير السببية الى زمان بطلان الاهلية بخلاف سائر التعليقات لان
المانع من السببية قائم قبل الشرط لانه يمين واليمين مانع والمنع هو المقصود وانه يضاد
وقوع الطلاق والعتاق وامكن تأخير السببية الى زمان الشرط لقيام الاهلية عنده فافترقا
ولانه وصية والوصية خلافة في الحال كالوراثة وابطال السبب لا يجوز وفي البيع وما
يضاهيه ذلك قال وللمولى ان يستخدمه ويؤاجره وان كانت امة يطأها وله
ان يزوجها لان الملك فيه ثابت له وبه يستفاد ولاية هذه التصرفات فاذا مات

المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما روينا ولان التدبير وصية لانه تبرع مضاف الى وقت الموت
والحكم غير ثابت في الحال فينفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى في ثلثيه وان كان
على المولى دين يسعى في كل قيمته لتقدم الدين على الوصية ولا يمكن نقض العتق فيجب رد قيمته
وولد المدبرة مدبر وعلى ذلك نقل اجماع الصحابة رضي الله عنهم وان علق التدبير بموته على صفة
نحو ان يقول ان مت من مرضي او من مرض كذا فليس بمدبر ويجوز بيعه لان السبب لم ينعقد في الحال
لتردد في تلك الصفة بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة وان مات
المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر معناه من الثلث لانه ثبت حكم التدبير في آخر جزء
من اجزاء حياته لتحقق تلك الصفة فيه فلهذا يعتبر من الثلث لانه ثبت حكم التدبير ومن المقيد
ان يقول ان مت الى سنة او الى عشر سنين لما ذكرنا بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله
لا يعيش اليه في الغالب لانه كالكائن لا محالة

باب الاستيلاد

واذا ولدت الامة
من مولاها فقد صارت ام ولد له لا يجوز بيعها ولا تمليكها لقوله عم اعتقها ولدها اخبر عن
اعتاقها فيثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة
بواسطة الولد فان الماءين قد اختلطا بحيث لا يمكن المميز بينهما على ما عرف في حرمة المصاهرة
الا ان بعد الانفصال تبقى الجزئية حكما لا حقيقة فضعف السبب فاوجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت
وبقاء الجزئية حكما باعتبار النسب وهو من جانب الرجال فكذا الحرية تثبت في حقهم لا في حقهن
حتى اذا ملكت الحرة زوجها وقد ولدت منه لا يعتق بموتها وبثبوت عتق مؤجل يثبت حق
الحرية في الحال فيمتنع جواز البيع واخراجها لا الى الحرية في الحال ويوجب عتقها بعد موته
وكذلك اذا كان بعضها مملوكا له لان الاستيلاد لا يتجزى فانه فرع النسب فيعتبر باصله
قال وله وطؤها واستخدامها واجارتها وتزويجها لان الملك فيها قائم فاشبهت المدبرة
ولا يثبت نسب ولدها الا ان يعترف به وقال الشافعي رح يثبت نسبه منه وان لم يدع لانه لما
ثبت النسب بالعقد فلان يثبت بالوطء وانه اكثر افضاء اولى ولنا ان وطء الامة يقصد
به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطء بخلاف
العقد لان الولد يتعين مقصودا منه فلا حاجة الى الدعوة فان جاءت بعد ذلك بولد ثبت نسبه
بغير اقرار معناه بعد اعتراف منه بالولد الاول لانه بدعوى الاول تعين الولد مقصودا منها فصارت
فراشا كالمعقودة الا انه اذا نفاه ينتفي بقوله لان فراشها ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج

بخلاف المنكوحة حيث لا ينتفي الولد بنفيه الا باللعان لتأكد الفراش حتى لا يملك ابطاله بالتزويج
وهذا الذي ذكرناه حكم فاما الديانة فان كان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه ان
يعترف به ويدعي لان الظاهر ان الولد منه وان عزل عنها او لم يحصنها جاز له ان ينفيه لان
هذا الظاهر يقابله ظاهر آخر هكذا روي عن ابي حنيفة رح وفيه روايتان اخريان عن ابي يوسف
وعن محمد رحمهما الله ذكرناهما في كفاية المنتهى وان زوجها فجاءت بولد فهو في حكم امه لان حق
الحرية يسري الى الولد كالتدبير الا ترى ان ولد الحرة حر وولد القنة رقيق والنسب يثبت
من الزوج لان الفراش له وان كان النكاح فاسدا اذ الفاسد ملحق بالصحيح في حق الاحكام
ولو ادعاه المولى لا يثبت نسبه منه لانه ثابت النسب من غيره ويعتق الولد وتصير امه ام
ولد له لاقراره واذا مات المولى عتقت من جميع المال لحديث سعيد بن المسيب رضه ان النبي عم
امر بعتق امهات الاولاد وان لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث ولان الحاجة الى
الولد اصلية فتقدم على حق الورثة والدين كالتكفين بخلاف التدبير لانه وصية بما هو
من زوائد الحوائج ولا سعاية عليها في دين المولى للغرماء لما روينا ولانها ليست بمال متقوم
حتى لا تضمن بالغصب عند ابي حنيفة رح فلا يتعلق بها حق الغرماء لما روينا كالقصاص بخلاف المدبر
لانه مال متقوم واذا اسلمت ام ولد النصراني فعليها ان تسعى في قيمتها وهي بمنزلة المكاتب
لا تعتق حتى تؤدي السعاية وقال زفر رح تعتق في الحال والسعاية دين عليها وهذا الخلاف
فيما اذا عرض على المولى الاسلام فابى فان اسلم تبقى على حالها له ان ازالة الذل
عنها بعدما اسلمت واجبة وذلك بالبيع او الاعتاق وقد تعذر البيع فتعين الاعتاق
ولنا ان النظر من الجانبين في جعلها مكاتبة لانه يندفع الذل عنها بصيرورتها حرة يدا والضرر
عن الذمي لانبعاثها على الكسب نيلا لشرف الحرية فيصل الذمي الى بدل ملكه اما لو عتقت وهي مفلسة
تتوانى في الكسب ومالية ام الولد يعتقدها الذمي متقومة فيترك وما يعتقده ولانها ان لم
تكن متقومة فهي محترمة وهذا يكفي لوجوب الضمان كما في القصاص المشترك اذا عفا احد
الاولياء يجب المال للباقين ولو مات مولاها عتقت بلا سعاية لانها ام ولد له ولو عجزت
في حال كتابتها لا ترد قنة لانها لو ردت قنة اعيدت مكاتبة لقيام الموجب ومن استولد
امة غيره بنكاح ثم ملكها صارت ام ولد له وقال الشافعي رح لا تصير ام ولد له ولو استولد
امة غيره بنكاح ثم ملكها صارت ام ولد بملك يمين ثم استحقت ثم ملكها تصير ام ولد له

عندنا وله فيه قولان وهو ولد المغرور له انها علقت برقيق فلا تكون ام ولد له كما اذا
علقت من الزنا ثم ملكها الزاني وهذا لان امومية الولد باعتبار علوق الولد حرا لانه جزء
الام في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل ولنا ان السبب هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل
والجزئية انما تثبت بينهما بنسبة الولد الواحد الى كل واحد منهما كملا وقد ثبت النسب
فتثبت الجزئية بهذه الواسطة بخلاف الزنا لانه لا نسب فيه للولد الى الزاني وانما
يعتق على الزاني اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة نظيره من اشترى اخاه من
الزنا لا يعتق لانه ينسب اليه بواسطة نسبته الى الوالد وهي غير ثابتة واذا وطئ
جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه وصارت ام ولد له وعليه قيمتها
وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها وقد ذكرنا المسئلة بدلائلها في كتاب النكاح من
هذا الكتاب وانما لا يضمن قيمة الولد لانه انعلق حر الاصل لاستناد الملك
الى ما قبل الاستيلاد وان وطئ اب الاب مع بقاء الاب لم يثبت النسب
لانه لا ولاية للجد حال قيام الاب ولو كان الاب ميتا ثبت النسب من الجد
كما يثبت من الاب لظهور ولايته عند فقد الاب وكفر الاب ورقه بمنزلة موته
لانه قاطع للولاية واذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه احدهما
ثبت نسبه منه لانه لما ثبت النسب في نصفه لمصادفته ملكه ثبت في الباقي ضرورة انه
لا يتجزى لما ان سببه لا يتجزى وهو العلوق اذ الولد الواحد لا ينعلق من ماءين
وصارت ام ولد له لان الاستيلاد لا يتجزى عندهما وعند ابي حنيفة يصير نصيبه ام ولد
له ثم يتملك نصيب صاحبه اذ هو قابل للملك ويضمن نصف قيمتها لانه تملك نصيب صاحبه
لما استكمل الاستيلاد ويضمن نصف عقرها لانه وطئ جارية مشتركة اذ الملك يثبت
حكما للاستيلاد فيتعقبه الملك في نصيب صاحبه بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه
لان الملك هناك يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه فصار واطئا ملك نفسه ولا يغرم
قيمة ولدها لان النسب يثبت مستندا الى وقت العلوق فلم يتعلق شيء منه على ملك
الشريك وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما معناه اذا حملت على ملكهما وقال الشافعي رح
يرجع الى قول القافة لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا ان الولد لا يتخلق
من ماءين متعذر فعملنا بالشبه وقد سر رسول الله عم بقول القائف في اسامة بن زيد

رضي الله عنه ولنا كتاب عمر رضي الله عنه الى شريح في هذه الحادثة لبّسا فلُبّس عليهما ولو بيّنا
لبُيّن لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي منهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم
وعن علي مثل ذلك ولانهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان فيه والنسب
وان كان لا يتجزى ولكن يتعلق به احكام متجزية فما يقبل التجزية يثبت في حقهما على التجزية وما لا
يقبلها يثبت في حق كل واحد منهما كملا كان ليس معه غيره الا اذا كان احد الشريكين ابا
للآخر او كان مسلما والآخر ذميا لوجود المرجح في حق المسلم وهو الاسلام وفي حق الاب
وهو ماله من الحق في نصيب الابن وسرور النبي صلى الله عليه وسلم فيما روي لان الكفار كانوا
يطعنون في نسب اسامة رضي الله عنه وكان قول القائف مقطعا لطعنهم فسُرّ به قال وكانت
الامة ام ولد لهما لصحة دعوة كل واحد منهما في نصيبه في الولد فيصير نصيبه
منها ام ولد له تبعا لولدها وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بماله على الآخر ويرث الابن
من كل واحد منهما ميراث ابن كامل لانه اقر له بميراثه كله وهو حجة في حقه ويرثان منه ميراث اب
واحد لاستوائهما في السبب كما اذا اقاما البينة واذا وطئ المولى جارية مكاتبه فجاءت
بولد فادعاه فان صدقه المكاتب ثبت نسبه منه وعن ابي يوسف رح انه لا يعتبر تصديقه
اعتبارا بالاب يدعي ولد جارية ابنه ووجه الظاهر وهو الفرق ان المولى لا يملك التصرف في اكساب
مكاتبه حتى لا يتملكه والاب يملك تملكه فلا معتبر بتصديق الابن قال وعليه عقرها لانه لا يتقدمه
الملك لان ماله من الحق كاف لصحة الاستيلاد لما نذكره قال وقيمة ولدها لانه في معنى المغرور
حيث اعتمد دليلا وهو انه كسبه فلم يرض برقه فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه
ولا تصير الجارية ام ولد له لانه لا ملك له فيها حقيقة كما في ولد المغرور وان كذبه المكاتب
في النسب لم يثبت لما بينا انه لا بد من تصديقه فلو ملكه يوما ثبت نسبه منه لقيام
الموجب وزوال حق المكاتب اذ هو المانع كتاب الايمان الايمان على ثلثة اضرب
يمين الغموس ويمين منعقدة ويمين لغو فاليمين الغموس هو الحلف على امر ماض يتعمد الكذب
فهذه اليمين يأثم فيها صاحبها لقوله عم من حلف كاذبا ادخله الله النار ولا كفارة
فيها الا التوبة والاستغفار وقال الشافعي رح فيها الكفارة لانها شرعت لرفع ذنب
هتك حرمة اسم الله تع وقد تحقق بالاستشهاد بالله كاذبا فاشبه المعقودة ولنا انها كبيرة
محضة والكفارة عبادة حتى تتأدى بالصوم ويشترط فيها النية فلا تناط بها بخلاف المعقودة

لانها

لانها مباحة ولو كان فيها ذنب فهو متأخر متعلق باختيار مبتدأ وما في الغموس ملازم
فيمتنع الالحاق والمنعقدة هو الحلف على امر في المستقبل ان يفعله او لا يفعله فاذا حنث
في ذلك لزمته الكفارة لقوله تع ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان وهو ما ذكرنا ويمين اللغو
ان يحلف على امر ماض وهو يظن انه كما قال والامر بخلافه فهذه اليمين نرجوا ان
لا يؤاخذ الله بها صاحبها ومن اللغو ان يقول والله انه لزيد وهو يظنه زيدا وانما هو عمرو والاصل
فيه قوله تع لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم الآية الا انه علقه بالرجاء للاختلاف في تفسيره قال
والقاصد في اليمين والمكره والناسي سواء حتى تجب الكفارة لقوله عم ثلث جدهن جد وهزلهن
جد النكاح والطلاق واليمين والشافعي رح يخالفنا في ذلك وسنبين ذلك في الاكراه
ان شاء الله تع ومن فعل المحلوف عليه ناسيا او مكرها فهو سواء لان الفعل الحقيقي لا ينعدم بالاكراه
وهو الشرط وكذا اذا فعله وهو مغمى عليه او مجنون لتحقق الشرط حقيقة ولو كانت الحكمة
رفع الذنب فالحكم يدار على دليله وهو الحنث لا على حقيقة الذنب باب ما يكون
يمينا وما لا يكون قال واليمين بالله تع او باسم آخر من اسمائه كالرحمن والرحيم او بصفة
من صفاته التي يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه لان الحلف بها متعارف
ومعنى اليمين وهو القوة حاصل لانه يعتقد تعظيم الله وصفاته فصلح ذكره حاملا ومانعا قال
الا قوله وعلم الله فانه لا يكون يمينا لانه غير متعارف ولانه يذكر ويراد به المعلوم يقال اللهم اغفر
علمك فينا اي معلومك ولو قال وغضب الله وسخطه لم يكن حالفا وكذا ورحمة الله لان
الحلف بها غير متعارف ولان الرحمة قد تذكر ويراد بها اثرها وهو المطر او الجنة والغضب والسخط
يراد بهما العقوبة ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا كالنبي والكعبة لقوله عم من كان منكم حالفا
فليحلف بالله او ليذر وكذا اذا حلف بالقرآن لانه غير متعارف قال رضي الله عنه معناه
ان يقول والنبي والقرآن اما لو قال انا بريء منه يكون يمينا لان التبري منهما كفر قال والحلف
بحروف القسم وحروف القسم الواو كقوله والله والباء كقوله بالله والتاء كقوله تالله لان كل
ذلك معهود في الايمان ومذكور في القرآن وقد يضمر الحروف فيكون حالفا كقوله الله لا افعل
كذا لان حذف الحرف من عادة العرب ايجازا ثم قيل ينصب لانتزاع حرف الخافض وقيل
يخفض وتكون الكسرة دالة على المحذوف وكذا اذا قال لله في المختار لان الباء تبدل بها قال الله تع
آمنتم له اي آمنتم به قال ابو حنيفة رح اذا قال وحق الله ليس بحالف وهو قول محمد رح واحدى الروايتين

عن ابي يوسف رحمه الله وعنه رواية اخرى انه يكون يمينا لان الحق من صفات الله تعالى وهو حقيته فصار كانه
قال والله الحق والحلف به متعارف ولهما انه يراد به طاعة الله اذ الطاعات حقوقه فيكون حلفا
بغير الله قالوا ولو قال والحق يكون يمينا ولو قال حقا لا يكون يمينا لان الحق من اسماء الله تعالى والمنكر
يراد به تحقيق الوعد ولو قال اقسم او اقسم بالله او احلف بالله او اشهد او اشهد بالله فهو
حالف لان هذه الالفاظ مستعملة في الحلف وهذه الصيغة للحال حقيقة وتستعمل للاستقبال
بقرينة فجعل حالفا في الحال والشهادة يمين قال الله تعالى قالوا نشهد انك لرسول الله ثم قال اتخذوا ايمانهم
والحلف بالله هو المعهود المشروع وبغيره محظور فصرف اليه ولهذا قيل لا يحتاج الى النية وقيل لا بد منها
لاحتمال العدة واليمين بغير الله ولو قال بالفارسية سوكند ميخورم بخداي يكون يمينا لانه للحال و
لو قال سوكند خورم قيل لا يكون يمينا ولو قال سوكند خورم بطلاق زنم لا يكون يمينا لعدم التعارف
وكذا قوله لعمر الله وايم الله لان عمر الله بقاء الله وايم الله معناه ايمن الله وهو جمع يمين وقيل معناه
والله وايم صلة كما في قوله والحلف باللفظين متعارف وكذا قوله وعهد الله وميثاقه لان العهد يمين
قال الله تعالى واوفوا بعهد الله والميثاق عبارة عن العهد وكذا اذا قال علي نذر او نذر الله لقوله عليه السلام
من نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة يمين وكذا اذا قال ان فعلت كذا فهو يهودي او نصراني او كافر يكون يمينا لانه لما جعل
الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع وقد امكن القول بوجوبه لغيره بجعله يمينا
كما نقول في تحريم الحلال ولو قال ذلك لشيء قد فعله فهو الغموس ولا يكفر اعتبارا بالمستقبل وقيل
يكفر لانه تنجيز معنى فصار كما اذا قال هو يهودي او نصراني والصحيح انه لا يكفر فيهما ان كان
يعلم انه يمين وان كان عنده انه يكفر بالحلف يكفر فيهما لانه رضي بالكفر حيث اقدم على الفعل ولو
قال ان فعلت كذا فعلي غضب الله او سخط الله فليس بحالف لانه دعاء على نفسه ولا يتعلق
ذلك بالشرط ولانه غير متعارف وكذا اذا قال ان فعلت كذا فانا زان او سارق او شارب
خمر او اكل ربوا لان حرمة هذه الاشياء تحتمل النسخ والتبديل فلم تكن في معنى حرمة الاسم ولانه
ليس بمتعارف في كفارة اليمين قال وكفارة اليمين عتق رقبة يجزي فيها ما يجزي في الظهار
وان شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوبا فما زاد وادناه ما يجوز فيه الصلوة وان شاء
اطعم عشرة مساكين كالاطعام في كفارة الظهار والاصل فيه قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين
الاية وكلمة او للتخيير فكان الواجب فيه احد الاشياء الثلثة قال فان لم يقدر على احد هذه
الاشياء الثلثة صام ثلثة ايام متتابعات وقال الشافعي رح يخير لاطلاق النص ولنا قراءة

ابن مسعود

ابن مسعود رضي الله عنه فصيام ثلثة ايام متتابعات وهي كالخبر المشهور ثم المذكور في الكتاب
في بيان ادنى الكسوة مروي عن محمد وعن ابي حنيفة رح وابي يوسف ان ادناه ما يستر عامة
بدنه حتى لا يجوز السراويل وهو الصحيح لان لابسه يسمى عريانا في العرف لكن ما لا يجزيه عن الكسوة
يجزيه عن الطعام باعتبار القيمة وان قدم الكفارة على الحنث لم يجزه عندنا وقال الشافعي رح يجزيه بالمال
لانه اداها بعد السبب وهو اليمين فاشبه التكفير بعد الجرح ولنا ان الكفارة لستر الجناية
ولا جناية ههنا واليمين ليست بسبب لانه مانع غير مفض بخلاف الجرح لانه مفض ثم لا يسترد
من المسكين لوقوعه صدقة قال ومن حلف على معصية مثل ان لا يصلي او لا يكلم اباه او ليقتلن
فلانا ينبغي ان يحنث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله عليه السلام من حلف على يمين وراى غيرها خيرا منها فليات
بالذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه ولان فيما قلناه تفويت البر الى جابر وهو الكفارة ولا جابر للمعصية
في ضده واذا حلف الكافر ثم حنث في حال الكفر او بعد الاسلام فلا حنث عليه لانه ليس باهل
لليمين لانها تعقد لتعظيم الله تعالى ومع الكفر لا يكون معظما ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه لم يصر محرما
وعليه ان استباحه كفارة يمين وقال الشافعي رح لا كفارة عليه لان تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقد به
تصرف مشروع وهو اليمين ولنا ان اللفظ ينبئ عن اثبات الحرمة وقد امكن اعماله بثبوت الحرمة
لغيره باثبات موجب اليمين فيصار اليه ثم اذا فعل مما حرمه قليلا كان او كثيرا حنث ووجبت
الكفارة وهو المعنى من الاستباحة المذكورة لان التحريم اذا ثبت تناول كل جزء منه ولو قال
كل حل علي حرام فهو على الطعام والشراب الا ان ينوي غير ذلك والقياس ان يحنث كما فرغ لانه باشر
فعلا مباحا وهو التنفس ونحوه وهذا قول زفر رح وجه الاستحسان ان المقصود وهو البر لا
يتحصل مع اعتبار العموم واذا سقط اعتباره ينصرف الى الطعام والشراب للعرف فانه يستعمل
فيما يتناول عادة ولا يتناول المرأة الا بالنية لاسقاط اعتبار العموم واذا نواها كان ايلاء ولا تصرف
اليمين عن الماكول والمشروب وهذا كله جواب ظاهر الرواية ومشايخنا رح قالوا يقع به الطلاق من غير
نية لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى وكذا ينبغي في قوله حلال بروي حرام للعرف واختلفوا في قوله
هرچه بدست راست گيرم بروي حرام انه هل تشترط النية والاظهر انه يجعل طلاقا من غير
نية للعرف قال ومن نذر نذرا مطلقا فعليه الوفاء به بنفس النذر لاطلاق الحديث ولان
المعلق بالشرط كالمنجز عنده فوجد الشرط وعن ابي حنيفة رح انه رجع عنه وقال اذا قال ان فعلت
كذا فعلي حجة او صوم سنة او صدقة ما املكه اجزاه من ذلك كفارة يمين وهو قول محمد ويخرج

لقوله عليه السلام من نذر وسمى فعليه الوفا بما سمى
وان علق النذر بالشرط فوجد الشرط
فعليه الوفاء صح

عن العهدة بالوفاء بما سمى ايضا وهذا اذا كان شرطا لا يريد كونه لان فيه معنى اليمين وهو المنع وهو بظاهره نذر فيتخير ويميل الى اي الجهتين شاء بخلاف ما اذا كان شرطا يريد كونه كقوله ان شفى الله مريضي لانعدام معنى اليمين فيه وهذا التفصيل هو الصحيح قال ومن حلف على يمين فقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه لقوله عليه السلام من حلف على يمين فقال ان شاء الله فقد بر في يمينه الا انه لا بد من الاتصال لانه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع في اليمين

باب اليمين في الدخول والسكنى

قال ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة او المسجد او البيعة او الكنيسة لم يحنث لان البيت ما اعد للبيتوتة وهذه البقاع ما بنيت لها وكذا اذا دخل دهليزا او ظلة باب الدار لما ذكرنا والظلة تكون على السكة وقيل اذا كان الدهليز بحيث لو اغلق الباب يبقى داخلا وهو مسقف يحنث لانه يبات فيه عادة وان دخل صفة حنث لانها تبنى للبيتوتة فيها في بعض الاوقات فصار كالشتوي والصيفي وقيل هذا اذا كانت الصفة ذات حوائط اربعة وهكذا كانت صفافهم وقيل الجواب يجري على اطلاقه وهو الصحيح ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعدما انهدمت وصارت صحراء حنث لان الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم يقال دار عامرة ودار غامرة وقد شهدت اشعار العرب بذلك والبناء وصف فيها غير ان الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت دارا اخرى فدخلها حنث لما ذكرنا ان الاسم باق بعد الانهدام وان جعلت مسجدا او حماما او بستانا او بنيت بيتا فدخله لم يحنث لانها لم تبق دارا لاعتراض اسم آخر عليه وكذا اذا دخله بعد انهدام الحمام واشباهه لانه لا يعود اسم الدار به ولو حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعدما انهدم وصار صحراء لم يحنث لزوال اسم البيت فانه لا يبات فيه حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف يحنث لانه يبات فيه والسقف وصف فيه فكذا اذا بني بيتا آخر فدخله لان الاسم لم يبق بعد الانهدام قال ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها حنث لان السطح من الدار الا ترى ان المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج الى السطح وقيل في عرفنا لا يحنث قال وكذا اذا دخل دهليزها حنث ويجب ان يكون على التفصيل الذي تقدم وان وقف في طاق الباب بحيث اذا اغلق الباب كان خارجا لم يحنث لان الباب لاحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج من الدار قال ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود حتى يخرج ثم يدخل استحسانا والقياس ان يحنث لان

لان الدوام

لان الدوام له حكم الابتداء وجه الاستحسان ان الدخول لا دوام له لانه انفصال من الخارج الى الداخل ولو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه فنزعه في الحال وكذا اذا حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته او حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فاخذ في النقلة من ساعته وقال زفر رحمه الله يحنث لوجود الشرط وان قل ولنا ان اليمين تعقد للبر فيستثنى منها زمان تحقيقه فان لبث على حاله ساعة حنث لان هذه الافعال لها دوام بحدوث امثالها الا ترى انه يضرب لها مدة يقال ركبت يوما ولبست يوما بخلاف الدخول لانه لا يقال دخلت يوما بمعنى المدة والتوقيت ولو نوى الابتداء الخالص يصدق لانه محتمل كلامه قال ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه ومتاعه واهله فيها ولم يرد الرجوع اليها حنث لانه يعد ساكنا ببقاء اهله ومتاعه فيها عرفا فان السوقي عامة نهاره في السوق ويقول اسكن سكة كذا والبيت والمحلة بمنزلة الدار ولو كان اليمين على المصر لا يتوقف البر على نقل المتاع والاهل فيما روي عن ابي يوسف رحمه الله لانه لا يعد ساكنا في الذي انتقل عنه عرفا بخلاف الاول والقرية بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب ثم قال ابو حنيفة رحمه الله لا بد من نقل كل المتاع حتى لو بقي وتد يحنث لان السكنى قد ثبتت بالكل فيبقى ما بقي شيء منه وقال ابو يوسف رحمه الله يعتبر نقل الاكثر لان نقل الكل قد يتعذر وقال محمد رحمه الله يعتبر نقل ما تقوم به كدخدائيته لان ما وراء ذلك ليس من السكنى قالوا هذا احسن وارفق بالناس وينبغي ان ينتقل الى منزل آخر بلا تأخير حتى يبر فان انتقل الى السكة او الى المسجد قالوا لا يبر دليله في الزيادات ان من خرج بعياله من مصره فما لم يتخذ وطنا آخر يبقى وطنه الاول في حق الصلاة كذا هذا

باب اليمين في الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك

قال ومن حلف لا يخرج من المسجد فامر انسانا فحمله فاخرجه حنث لان فعل المأمور مضاف الى الآمر فصار كما اذا ركب دابة فخرجت ولو اخرجه مكرها لم يحنث لان الفعل لم ينتقل اليه لعدم الامر ولو حمله برضاه لا بامره لم يحنث في الصحيح لان الانتقال بالامر لا بمجرد الرضا قال ولو حلف لا يخرج من داره الا الى جنازة فخرج اليها ثم اتى حاجة اخرى لم يحنث لان الموجود خروج مستثنى والمضي بعد ذلك ليس بخروج ولو حلف لا يخرج الى مكة فخرج يريدها ثم رجع حنث لوجود الخروج على قصد مكة وهو الشرط اذ الخروج هو الانفصال من الداخل الى الخارج ولو حلف لا يأتيها لم يحنث حتى يدخلها لانها عبارة عن الوصول قال الله تعالى فأتيا فرعون فقولا

وان حلف م

ولو حلف لا يذهب اليها قيل هو كالاتيان وقيل كالخروج وهو الاصح لانه عبارة عن الزوال
قال ولو حلف ليأتين البصرة فلم يأتها حتى مات حنث في آخر جزء من اجزاء حياته لان البر قبل
ذلك مرجو ولو حلف ليأتينه غدا ان استطاع فهو على استطاعة الصحة دون
القدرة وفسره في الجامع الصغير فقال اذا لم يمرض ولم يمنعه السلطان ولم يجئ امر لا يقدر
على اتيانه فلم يأته حنث وان نوى استطاعة القضاء دين فيما بينه وبين الله تعالى
وهذا لان حقيقة الاستطاعة فيما يقارن الفعل ويطلق الاسم على سلامة الآلات وصحة
الاسباب في المتعارف فعند الاطلاق ينصرف اليه ويصح نية الاول ديانة لانه حقيقة
كلامه ثم قيل يصح قضاء ايضا لما بينا وقيل لا يصح لانه خلاف الظاهر قال ومن حلف لا تخرج
امرأته الا باذنه فاذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة اخرى بغير اذنه حنث ولا بد من الاذن
في كل خروج لان المستثنى خروج مقرون بالاذن وما وراءه داخل في الحظر العام
ولو نوى الاذن مرة يصدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر ولو قال الا ان
اذن لك فاذن لها مرة واحدة ثم خرجت بعدها بغير اذنه لم يحنث لان هذه كلمة غاية فينتهي
اليمين به كما اذا قال حتى آذن لك ولو ارادت الخروج فقال ان خرجت فانت طالق
فجلست ثم خرجت لم يحنث وكذلك اذا اراد رجل ضرب عبده فقال له آخر ان ضربته
فعبدي حر فتركه ثم ضربه وهذه تسمى يمين فور وتفرد ابو حنيفة رح باظهاره ووجهه ان
مراد المتكلم الرد عن تلك الضربة والخرجة عرفا ومبنى الايمان عليه ولو قال له رجل اجلس
فتغد عندي فقال ان تغديت فعبدي حر فرجع الى منزله فتغدى لم يحنث لان كلامه خرج
مخرج الجواب فينطبق على السؤال فينصرف الى الغداء المدعو اليه بخلاف ما اذا قال ان تغديت
اليوم لانه زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدئا ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبده
مأذون له مديون او غير مديون لم يحنث عند ابي حنيفة رح الا انه اذا كان عليه دين مستغرق
لا يحنث وان نوى لانه لا ملك فيه للمولى عنده وان كان الدين غير مستغرق او لم يكن عليه دين
لا يحنث ما لم ينوه لان الملك فيه للمولى لكنه يضاف الى العبد عرفا وكذا شرعا قال عليه السلام
من باع عبدا وله مال الحديث فتختل الاضافة الى المولى فلا بد من النية وقال ابو يوسف رح
يحنث اذا نواه لاختلال الاضافة وقال محمد رح يحنث وان لم ينوه لاعتبار حقيقة الملك اذ الدين

في الوجه كلها م

لا يمنع

لا يمنع وقوعه للسيد عندهما باب اليمين في الاكل والشرب قال
ومن حلف لا يأكل من هذه النخلة فهو على ثمرها لانه اضاف الى ما لا يؤكل فينصرف الى ما
يخرج منه لانه سبب له فيصلح مجازا عنه لكن الشرط ان لا يتغير بصنعة جديدة
حتى لا يحنث بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ وان حلف لا يأكل من هذا البسر
فصار رطبا فاكله لم يحنث وكذا اذا حلف لا يأكل من هذا الرطب او من هذا
اللبن فصار اللبن شيرازا لان صفة البسورة والرطوبة داعية الى اليمين وكذا
كونه لبنا فيتقيد به ولان اللبن مأكول فلا ينصرف اليمين الى ما يتخذ منه بخلاف ما اذا
حلف لا يكلم هذا الصبي او هذا الشاب فكلمه بعد ما صار شيخا حنث لان هجران المسلم بمنع
الكلام منهي عنه فلم يعتبر الداعي في الشرع ولو حلف لا يأكل لحم هذا الحمل فاكل بعد ما
صار كبشا حنث لان صفة الصغر في هذا ليست بداعية الى اليمين فان الممتنع عنه اكثر
امتناعا من لحم الكبش قال ومن حلف لا يأكل بسرا فاكل رطبا لم يحنث لانه ليس ببسر
ومن حلف لا يأكل رطبا او بسرا او حلف لا يأكل رطبا ولا بسرا فاكل مذنبا حنث
عند ابي حنيفة رح وقالا لا يحنث في الرطب يعني بالبسر المذنب ولا بالبسر بالرطب المذنب
لان الرطب المذنب يسمى رطبا والبسر المذنب بسرا فصار كما اذا كان اليمين على الشراء وله
ان الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر والبسر المذنب ما يكون على عكسه فيكون
اكله اكل البسر والرطب وكل واحد مقصود في الاكل بخلاف الشراء لانه يصادف الجملة
فيتبع القليل فيه الكثير قال ولو حلف لا يشتري رطبا فاشترى كباسة بسر فيها رطب
لم يحنث لان الشراء يصادف الجملة والمغلوب تابع ولو كان اليمين على الاكل يحنث لانه
يصادفه شيئا فشيئا فكان كل منهما مقصودا فصار كما اذا حلف لا يشتري شعيرا او لا يأكله
فاشترى حنطة فيها حبات شعير واكلها يحنث في الاكل دون الشراء لما قلنا ولو حلف لا يأكل
لحما فاكل لحم السمك لم يحنث والقياس ان يحنث لانه سمي لحما في القرآن وجه الاستحسان ان
التسمية مجازية لان اللحم منشأه من الدم ولا دم فيه لسكونه في الماء وان اكل لحم خنزير او انسان
يحنث لانه لحم حقيقي الا انه حرام واليمين قد تعقد للمنع عن الحرام وكذا اذا اكل كبدا او كرشا
لانه لحم حقيقة فان نموه من الدم ويستعمل استعمال اللحم وقيل في عرفنا لا يحنث لانه لا يعد لحما
ولو حلف لا يأكل او لا يشتري شحما لم يحنث الا في شحم البطن خاصة عند ابي حنيفة رح وقالا

حلف م

الا كل م

يحنث في شحم الظهر ايضا وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار ولهما انه
لحم حقيقة الا ترى انه ينشأ من الدم ويستعمل استعماله ويحصل به قوته ولهذا يحنث باكله في اليمين
على اكل اللحم ولا يحنث ببيعه في اليمين على بيع الشحم وقيل هذا بالعربية فاما اسم پيه بالفارسية
لا يقع على شحم الظهر بحال ولو حلف لا ياكل او لا يشتري لحما او شحما فاشترى ألية او اكلها
لم يحنث لانه نوع ثالث حتى لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم ومن حلف لا ياكل من هذه
الحنطة لم يحنث حتى يقضمها ولو اكل من خبزها لم يحنث وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان اكل
من خبزها حنث ايضا لانه مفهوم منه عرفا ولابي حنيفة رحمه الله ان له حقيقة مستعملة فانها تغلى
وتقلى وتؤكل قضما وهي قاضية على المجاز المتعارف على ما هو الاصل عنده ولو قضمها حنث
عندهما هو الصحيح لعموم المجاز كما اذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان واليه الاشارة بقوله
في الكتاب حنث ايضا ولو لا ياكل من هذا الدقيق فاكل من خبزه حنث لان عينه غير ماكول
فانصرف الى ما يتخذ منه ولو استفه كما هو لا يحنث هو الصحيح لتعين المجاز مرادا ولو حلف لا ياكل
خبزا فيمينه على ما يعتاد اهل المصر اكله خبزا وذلك خبز الحنطة والشعير لانه هو المعتاد في غالب البلدان
ولو اكل من خبز القطائف لا يحنث لانه لا يسمى خبزا مطلقا الا اذا نواه لانه محتمله وكذا لو اكل
خبز الارز بالعراق لم يحنث لانه غير معتاد عندهم حتى لو كان بطبرستان او في بلدة طعامهم
ذلك يحنث ولو حلف لا ياكل الشواء فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر لانه يراد به اللحم
المشوي عند الاطلاق الا ان ينوي ما يشوى من بيض او غيره لمكان الحقيقة ولو حلف لا ياكل
الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم وهذا استحسان اعتبارا للعرف وهذا لان التعميم متعذر فيصرف الى
خاص هو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء الا اذا نوى غير ذلك لان فيه تشديدا وان اكل
من مرقه يحنث لما فيه من اجزاء اللحم ولانه يسمى طبيخا ومن حلف لا ياكل الرؤس فيمينه
على ما يكبس في التنانير ويباع في المصر ويقال يكبس وفي الجامع الصغير لو حلف لا ياكل راسا
وهو على رؤس الغنم والبقر عند ابي حنيفة رح وقالا على الغنم خاصة وهذا اختلاف عصر
وزمان كان العرف في زمانه فيهما وفي زمنهما في الغنم خاصة وفي زماننا يفتى على حسب العادة
كما هو المذكور في المختصر واذا حلف لا ياكل فاكهة فاكل عنبا او رمانا او قثاء او خيارا لم يحنث
فان اكل تفاحا او مشمشا او بطيخا حنث وهذا عند ابي حنيفة رح وعند ابي يوسف ومحمد رح
حنث في العنب والرطب والرمان ايضا والاصل ان الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام

وبعده اي يتنعم به زيادة على المعتاد والرطب واليابس فيه سواء بعد ان يكون التفكه
به معتادا حتى لا يحنث بيابس البطيخ وهذا المعنى موجود في التفاح واخواتها فيحنث بها وغير موجود
في القثاء والخيار لانهما من البقول بيعا واكلا فلا يحنث بهما واما العنب والرطب والرمان
فهما يقولان معنى التفكه موجود فيها فانها اعز الفواكه والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها وابو حنيفة رحمه الله
يقول ان هذه الاشياء مما يتغذى بها ويتداوى بها فاوجب قصورا في معنى التفكه للاستعمال في حاجة البقاء
ولهذا كان اليابس منها من التوابل او من الاقوات ولو حلف لا ياتدم فكل شيء اصطبغ به
فهو ادام والشواء ليس بادام وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله ما يؤكل مع الخبز
غالبا فهو ادام وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله لان الادام من المؤادمة وهي الموافقة وكل
ما يؤكل مع الخبز موافق له كاللحم والبيض ونحوه ولهما ان الادام ما يؤكل تبعا والتبعية في الاختلاط
حقيقة ليكون قائما به وفي ان لا يؤكل على الانفراد حكما وتمام الموافقة في الامتزاج ايضا والخل وغيره
من المائعات لا يؤكل وحدها بل يشرب والملح لا يؤكل بانفراده عادة ولانه يذوب فيكون تبعا
بخلاف اللحم وما يضاهيه لانه يؤكل وحده الا ان ينويه لما فيه من التشديد والعنب والبطيخ
ليسا بادام بالاجماع وهو الصحيح واذا حلف لا يتغدى فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر
والعشاء من صلوة الظهر الى نصف الليل لان ما بعد الزوال يسمى عشيا ولهذا يسمى الظهر احدى
صلاتي العشاء في الحديث والسحور من نصف الليل الى طلوع الفجر لانه ماخوذ من السحر ويطلق على
ما يقرب منه ثم الغداء والعشاء ما يقصد به الشبع عادة وتعتبر عادة اهل كل بلدة في حقهم
ويشترط ان يكون اكثر من نصف الشبع ومن قال ان لبست او اكلت او شربت
فعبدي حر وقال عنيت شيئا دون شيء لم يدين في القضاء وغيره لان النية انما تصح في الملفوظ
والثوب وما يضاهيه غير مذكور تنصيصا والمقتضى لا عموم له فلغت نية التخصيص فيه وان قال
ان لبست ثوبا او اكلت طعاما او شربت شرابا لم يدين في القضاء خاصة لانه نكرة في محل الشرط
فتعم فعملت نية التخصيص فيه الا انه خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء ولو حلف لا يشرب من دجلة
فشرب منها باناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا عند ابي حنيفة رح وقالا اذا شرب باناء يحنث لانه المتعارف
المفهوم وله ان كلمة من للتبعيض وحقيقته في الكرع وهي مستعملة ولهذا يحنث بالكرع اجماعا فمنعت المصير الى
المجاز وان كان متعارفا وان حلف لا يشرب من ماء دجلة فشرب منها باناء حنث لانه بعد الاغتراف

يبقى منسوبا اليه وهو الشرط فصار كما اذا شرب من نهر يأخذ من دجلة ومن قال ان لم اشرب الماء
الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق وليس في الكوز ماء لم يحنث فان كان فيه ماء فاهريق قبل
الليل لم يحنث وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يحنث في ذلك كله يعني اذا مضى
اليوم وعلى هذا الخلاف اذا كان اليمين بالله عز وجل واصله ان من شرط انعقاد اليمين وبقائه التصور
وعندهما خلافا لابي يوسف لان اليمين انما تعقد للبر فلا بد من تصوره ليمكن ايجابه وله انه امكن القول
بانعقاده موجبا للبر على وجه يظهر في حق الخلف وهو الكفارة قلنا لا بد من تصور الاصل لتنعقد
في حق الخلف ولهذا لا ينعقد الغموس موجبا للكفارة ولو كانت اليمين مطلقة ففي الوجه الاول
لا يحنث عندهما في الحال وفي الوجه الثاني يحنث في قولهم جميعا فابو يوسف فرق بين المطلق
والموقت ووجه الفرق ان التوقيت للتوسعة فلا يجب الفعل الا في آخر الوقت فلا يحنث قبله
وفي المطلق يجب البر كما فرغ وقد عجز فيحنث في الحال وهما فرقا بينهما ووجهه ان في المطلق يجب البر
كما فرغ فاذا فات البر بفوات ما عقد عليه اليمين يحنث في يمينه كما اذا مات الحالف والماء باق
اما في الموقت يجب البر في الجزء الاخير من الوقت وعند ذلك لم يبق محلية البر لعدم التصور فلا
يجب البر وتبطل اليمين كما اذا عقدها ابتداء في هذه الحالة ومن حلف ليصعدن السماء او ليقلبن
هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه وحنث عقيبها وقال زفر لا تنعقد لانه مستحيل عادة فاشبه
المستحيل حقيقة فلا ينعقد ولنا ان البر متصور حقيقة لان الصعود الى السماء ممكن حقيقة الا ترى ان
الملائكة يصعدون وكذا تحول الحجر ذهبا بتحويل الله واذا كان متصورا ينعقد اليمين موجبا لخلفه
ثم يحنث بحكم العجز الثابت عادة كما اذا مات الحالف فانه يحنث مع احتمال اعادة الحيوة
بخلاف مسئلة الكوز لان شرب الماء الذي في الكوز وقت الحلف ولا ماء فيه لا يتصور
فلم ينعقد. باب اليمين في الكلام ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع الا انه نائم
حنث لانه قد كلمه ووصل الى سمعه لكنه لم يفهم لنومه فصار كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم
لتغافله وفي بعض روايات المبسوط شرط ان يوقظه وعليه مشايخنا لانه اذا لم ينتبه كان كما
اذا ناداه من بعيد وهو بحيث لا يسمع صوته ولو حلف لا يكلمه الا باذنه فاذن له ولم يعلم بالاذن
حتى كلمه حنث لان الاذن مشتق من الاذان الذي هو الاعلام او من الوقوع في الاذن
وكل ذلك لا يتحقق الا بالسماع وقال ابو يوسف لا يحنث لان الاذن هو الاطلاق وانه يتم بالاذن كالرضاء قلنا
الرضاء من اعمال القلب ولا كذلك الاذن على ما مر وان حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف

لانه

لانه لو لم يذكر الشهر لتأبد اليمين فذكر الشهر لاخراج ما وراءه فبقي الذي يلي يمينه داخلا عملا بدلالة حاله
بخلاف ما اذا قال والله لاصومن شهرا لانه لو لم يذكر الشهر لم تتأبد اليمين فكان ذكره لتقدير الصوم به وانه منكر فالتعيين
اليه وان حلف لا يتكلم فقرأ القرآن في صلاته لم يحنث وان قرأ في غير الصلوة يحنث وعلى هذا التسبيح
والتهليل والتكبير وفي القياس يحنث فيهما وهو قول الشافعي لانه كلام حقيقة ولنا انه في الصلوة ليس بكلام
عرفا ولا شرعا قال عليه الصلوة ان صلوتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس وقيل في عرفنا
لا يحنث في غير الصلوة ايضا لانه لا يسمى متكلما بل قارئا ومسبحا ولو قال يوم اكلم فلانا فامرأته طالق
فهو على الليل والنهار لان اسم اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى
ومن يولهم يومئذ دبره والكلام لا يمتد وان عنى النهار خاصة دين في القضاء لانه مستعمل فيه ايضا
وعن ابي يوسف انه لا يدين في القضاء لانه خلاف المتعارف ولو قال ليلة اكلم فلانا فهو على
الليل خاصة لانه حقيقة في سواد الليل كالنهار للبياض خاصة وما جاء استعماله في
مطلق الوقت ولو قال ان كلمت فلانا الا ان يقدم فلان او قال حتى يقدم فلان او قال
الا ان يأذن فلان او حتى يأذن فلان فامرأته طالق فكلمه قبل القدوم والاذن
حنث ولو كلمه بعد القدوم والاذن لم يحنث لانه غاية واليمين باقية قبل الغاية ومنتهية بعدها فلا يحنث بالكلام بعد انتهاء اليمين
فان مات فلان سقطت اليمين خلافا لابي يوسف رحمه الله لان الممنوع عنه كلام ينتهي بالاذن
والقدوم ولم يبق بعد الموت متصور الوجود فسقطت اليمين وعنده التصور ليس بشرط فعند
سقوط الغاية تتأبد اليمين ومن حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا بعينه او امرأة
فلان او صديق فلان فباع فلان عبده او بانت منه امرأته او عادى صديقه فكلمهم لم يحنث
لانه عقد يمينه على فعل واقع في محل مضاف الى فلان اما اضافة ملك او اضافة نسبة ولم يوجد
فلم يحنث قال رضي الله عنه هذا في اضافة الملك بالاتفاق وفي اضافة النسبة عند محمد يحنث كالمرأة
والصديق قاله في الزيادات لان هذه الاضافة للتعريف لان المرأة والصديق مقصود بالهجران فلا يشترط
دوامها فيتعلق الحكم بعينه كما في الاشارة ووجه ما ذكر هنا وهو رواية الجامع الصغير انه يحتمل ان غرضه
هجرانه لاجل المضاف اليه ولهذا لم يعينه فلا يحنث بعد زوال الاضافة بالشك وان كانت يمينه على عبد
بعينه بان قال عبد فلان هذا او امرأة فلان بعينها او صديق فلان بعينه لم يحنث في العبد ويحنث في المرأة
والصديق وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يحنث في العبد ايضا وهو قول زفر وان حلف
لا يدخل دار فلان هذه فباعها ثم دخلها فهو على الاختلاف ووجه قول محمد وزفر ان الا

للتعريف والاشارة ابلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة فاعتبرت ولغت الاضافة فصار كالصديق
والمرأة ولهما ان الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه لان هذه الاعيان لا تهجر ولا تعادى
لذواتها وكذا العبد لسقوط منزلته بل لمعنى في ملاكها فتتقيد اليمين بحال قيام الملك بخلاف ما اذا كانت
الاضافة اضافة نسبة كالصديق والمرأة لانه يعادى لذاته فكانت الاضافة للتعريف والداعي
المعنى في المضاف اليه غير ظاهر لعدم التعيين بخلاف ما تقدم وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان
فباعه ثم كلمه حنث لان هذه الاضافة لا تحتمل الا التعريف لان الانسان لا يعادى لمعنى في الطيلسان
فصار كما اشار اليه ومن حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه وقد صار شيخا حنث لان الحكم
تعلق بالمشار اليه اذ الصفة في الحاضر لغو وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين على ما مر
من قبل فصل ومن حلف لا يكلم حينا او زمانا او الحين او الزمان فهو على ستة اشهر لان
الحين يراد به الزمان القليل وقد يراد به اربعون سنة قال الله تعالى هل اتى على الانسان حين من
الدهر وقد يراد به ستة اشهر قال الله تعالى تؤتي اكلها كل حين باذن ربها وهذا هو الوسط
فينصرف اليه وهذا لان القليل لا يقصد بالمنع لوجود الامتناع فيه عادة والمديد لا يقصد به
لانه بمنزلة الابد فلو سكت عنه يتأبد فيتعين ما ذكرناه وكذا الزمان يستعمل استعمال الحين يقال
ما رأيتك منذ حين ومنذ زمان بمعنى واحد وهذا اذا لم يكن له نية اما اذا كان نوى شيئا فهو
على ما نوى لانه حقيقة كلامه وكذا الدهر عند ابي يوسف ومحمد رح وقال ابو حنيفة رح الدهر لا ادري
ما هو وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح اما المعرف بالالف واللام يراد به الابد عرفا لهما ان
دهرا يستعمل استعمال الحين والزمان يقال ما رأيتك منذ دهر ومنذ حين بمعنى واحد وابو حنيفة
رح توقف في تقديره لان اللغات لا تدرك قياسا والعرف لم يعرف استمراره لاختلاف في الاستعمال
ولو حلف لا يكلمه اياما فهو على ثلثة ايام لانه اسم جمع ذكر منكرا فيتناول اقل الجمع وهو الثلث وان
حلف لا يكلمه الايام فهو على عشرة ايام عند ابي حنيفة رح وقالا على ايام الاسبوع ولو حلف لا يكلمه الشهور
فهو على عشرة اشهر عنده وعندهما على اثني عشر شهرا لان اللام للمعهود وهو ما ذكرنا لانه يدور
عليها وله انه جمع معرف فينصرف الى اقصى ما يذكر بلفظ الجمع وذلك عشرة وكذا الجواب عنده في الجمع
والسنين وعندهما ينصرف الى العمر لانه لا معهود دونه ومن قال لعبده ان خدمتني اياما كثيرة فانت
حر فالايام الكثيرة عند ابي حنيفة رح عشرة ايام لانه اكثر ما يتناوله اسم الايام وقالا سبعة ايام لان
ما زاد عليها تكرار وقيل لو كان اليمين بالفارسية ينصرف الى سبعة ايام لانه يذكر فيه بلفظ الفرد دون
الجمع باب اليمين في العتق والطلاق ومن قال لامرأته اذا ولدت فانت طالق فولدت
ولدا ميتا طلقت وكذلك اذا قال لامته اذا ولدت ولدا فانت حرة لان الموجود مولود فيكون ولدا

حقيقة

حقيقة ويسمى به عرفا ويعتبر ولدا في الشرع حتى تنقضي به العدة والدم بعده نفاس وامه ام ولد فتحقق الشرط
وهو ولادة الولد ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ميتا ثم آخر حيا عتق الحي وحده
عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا فتنحل اليمين
لا الى جزاء لان الميت ليس بمحل للحرية وهي الجزاء ولابي حنيفة رح ان مطلق اسم الولد مقيد بوصف الحيوة
لانه قصد اثبات الحرية جزاء وهي قوة حكمية تظهر في دفع تسلط الغير ولا تثبت في الميت فيتقيد بوصف
الحيوة كما اذا قال اذا ولدت ولدا حيا بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام لانه لا يصلح مقيدا واذا
قال اول عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا عتق لان الاول اسم لفرد سابق فان اشترى عبدين
معا ثم آخر لم يعتق واحد منهم لانعدام التفرد في الاولين والسبق في الثالث فانعدمت الاولية
فان قال اول عبد اشتريه وحده فهو حر عتق الثالث لانه يراد به التفرد في حالة الشراء لان وحده
للحال لغة والثالث سابق في هذا الوصف وان قال آخر عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا ثم مات
لان الآخر اسم لفرد لاحق ولا سابق له فلا يكون لاحقا واذا اشترى عبدا ثم مات عتق الآخر لانه فرد لاحق
فاتصف بالآخرية ويعتق يوم اشتراه عند ابي حنيفة رح ويعتبر من جميع المال وقالا يعتق يوم مات حتى
يعتبر من ثلث المال لان الآخرية لا تثبت الا بعدم شراء غيره بعده وذلك يتحقق بالموت فكان الشرط
متحققا عند الموت فيقتصر عليه ولابي حنيفة رح ان الموت معرف فاما الاتصاف بالآخرية فمن وقت الشراء
فيثبت مستندا وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلث به وفائدته تظهر في جريان الارث وعدمه
ومن قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فهو حر فبشره ثلثة متفرقين عتق الاول لان البشارة اسم
لخبر يغير بشرة الوجه ويشترط كونه سارا بالعرف وهذا انما يتحقق من الاول وان بشروه معا عتقوا
لانها تحققت من الكل وان قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوي به الكفارة لم يجزه لان الشرط
قران النية بعلة العتق وهي اليمين فاما الشراء فشرطه فان اشترى اباه ينوي عن كفارة يمينه اجزأه
عندنا خلافا لزفر والشافعي رح لهما ان الشراء شرط العتق فاما العلة فهي القرابة وهذا لان الشراء اثبات
الملك والاعتاق ازالته وبينهما منافاة ولنا ان شراء القريب اعتاق لقوله عليه السلام لن يجزي ولد والده
الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه جعل نفس الشراء اعتاقا لانه لا يشترط غيره وصار نظير قوله سقاه
فارواه ولو اشترى ام ولد له لم يجزه ومعنى هذه المسئلة ان يقول لامة قد استولدها بالنكاح ان اشتريتك
فانت حرة عن كفارة يميني ثم اشتراها فانها تعتق لوجود الشرط ولا تجزيه عن الكفارة لان حريتها
مستحقة بالاستيلاد فلا تضاف الى اليمين من كل وجه بخلاف ما اذا قال لقنة ان اشتريتك فانت حرة

عن كفارة يمينه حيث يجزيه عنها اذا اشتراها لان حريتها غير مستحقة بجهة اخرى فلا يختل الاضافة الى اليمين
وقد قارنته النية ومن قال ان تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت لان
اليمين انعقدت في حقها لمصادفتها الملك وهذا لان الجارية منكرة في هذا الشرط فتتناول كل جارية
على الانفراد وان اشترى جارية فتسراها لم تعتق خلافا لزفر فانه يقول التسري لا يصح الا في الملك فكان
ذكره ذكر الملك فصار كما اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر يصير التزوج مذكورا ولنا ان الملك
يصير مذكورا ضرورة صحة التسري وهو شرط فيتقدر بقدره فلا يظهر في حق الجزاء وهو الحرية وفي مسئلة
الطلاق انما يظهر في حق الشرط دون الجزاء حتى لو قال لها ان طلقتك فانت طالق ثلاثا فتزوجها
وطلقها لا تطلق ثلاثا فهذه وزان مسئلتنا ومن قال كل مملوك لي فهو حر يعتق امهات اولاده ومدبروه
وعبيده لوجود الاضافة المطلقة في هؤلاء اذ الملك ثابت فيهم رقبة ويدا ولا يعتق مكاتبوه الا ان ينويهم
لان الملك غير ثابت يدا ولهذا لا يملك اكسابه ولا يحل له وطء المكاتبة بخلاف ام الولد والمدبرة فاختلت
ولا بد من النية ومن قال لنسوة له هذه طالق او هذه وهذه طلقت الاخيرة وله الخيار في الاوليين لان
لاثبات احد المذكورين وقد ادخلها بين الاوليين ثم عطف الثالثة على المطلقة لان العطف للمشاركة
في الحكم فيختص بمحله فصار كما اذا قال احديكما طالق وهذه وكذا اذا قال لعبيده حر او هذا وهذا اعتق
الاخير وله الخيار في الاولين

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج

ومن حلف لا يبيع
او لا يشتري او لا يؤاجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث لان العقد وجد من العاقد حتى كانت الحقوق عليه
ولهذا لو كان العاقد هو الحالف يحنث في يمينه فلم يوجد ما هو الشرط وهو العقد من الآمر وانما الثابت
له حكم العقد الا ان ينوي ذلك لان فيه تشديدا او يكون الحالف ذا سلطان لا يتولى العقد بنفسه
لانه يمنع نفسه عما يعتاده ومن حلف لا يتزوج او لا يعتق فوكل بذلك حنث لان الوكيل في هذا
سفير ومعبر ولهذا لا يضيفه الى نفسه بل الى الآمر وحقوق العقد ترجع الى الآمر لا اليه ولو قال
عنيت ان لا اتكلم به لم يدين في القضاء خاصة وسنشير الى المعنى في الفرق ان شاء الله تعالى ومن حلف
لا يضرب عبده او لا يذبح شاته فامر غيره ففعل يحنث في يمينه لان المالك له ولاية ضرب عبده وذبح
شاته فيملك توليته غيره ثم منفعته راجعة الى الآمر فيجعل هو مباشرا اذ لا حقوق له ترجع الى المأمور
ولو قال عنيت ان لا اتولى ذلك بنفسي دين في القضاء بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره ووجه الفرق ان الطلاق
ليس الا التكلم بكلام يفضي الى وقوع الطلاق عليها والامر بذلك مثل التكلم به واللفظ ينتظمهما فاذا نوى
التكلم به فقد نوى الخصوص في العام فيدين ديانة لا قضاء اما الضرب والذبح ففعل حسي يعرف باثره

والنسبة

والنسبة الى الآمر بالتسبيب مجازا فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى الحقيقة فيصدق
ديانة وقضاء ومن حلف لا يضرب ولده فامر انسانا فضربه بنفسه فقد نوى الحقيقة فيصدق
ديانة لم يحنث في يمينه لان منفعة ضرب الولد عائدة اليه وهو التأدب والتثقف فلم ينسب
فعله الى الآمر بخلاف الامر بضرب العبد لان منفعة الائتمار بامره عائدة اليه فيضاف الفعل اليه ومن قال
ان بعت لك هذا الثوب فامرأته طالق فدس المحلوف عليه ثوبه في ثياب الحالف فباعه ولم يعلم
لم يحنث لان حرف اللام دخل على البيع فيقتضي اختصاصه به وذلك بان يفعله بامره اذ البيع
تجري فيه النيابة ولم يوجد بخلاف ما اذا قال ان بعت ثوبا لك حيث يحنث اذا باع ثوبا مملوكا له سواء
كان بامره او بغير امره علم بذلك او لم يعلم لان حرف اللام دخل على العين لانه اقرب اليه
فيقتضي الاختصاص به وذلك بان يكون مملوكا له ونظيره الصياغة والخياطة وكل ما تجري فيه النيابة
بخلاف الاكل والشرب وضرب الغلام لانه لا يحتمل النيابة فلا يفترق الحكم فيه في الوجهين ومن قال
ان بعت هذا العبد فهو حر فباعه على انه بالخيار عتق لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه قائم فينزل
الجزاء وكذلك لو قال المشتري ان اشتريته فهو حر فاشتراه على انه بالخيار يعتق ايضا لان
الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه فينزل الجزاء وكذلك وهذا على اصلهما ظاهر وكذا على اصله
لان هذا العتق بتعليقه فالمعلق كالمنجز ولو نجز العتق يثبت الملك سابقا عليه فكذا هذا ومن قال ان
لم ابع هذا العبد او هذه الامة فامرأته كذا فاعتق او دبر طلقت امرأته لان الشرط قد تحقق وهو عدم
البيع لفوات محلية البيع واذا قالت المرأة لزوجها تزوجت علي فقال كل امرأة لي طالق ثلاثا طلقت هذه
التي حلفته في القضاء وعن ابي يوسف انها لا تطلق لانه اخرجه جوابا فينطبق عليه ولان غرضه ارضاؤها
وهو بطلاق غيرها فيتقيد به ووجه الظاهر عموم الكلام وقد زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدئا وقد يكون غرضه
ايحاشها حين اعترضت عليه فيما احله الشرع ومع التردد لا يصلح مقيدا ولو نوى غيرها يصدق ديانة لا قضاء
لانه تخصيص العام والله اعلم

باب اليمين في الحج والصلوة والصوم

ومن قال وهو في الكعبة او في غيرها
علي المشي الى بيت الله تعالى او الى الكعبة فعليه حجة او عمرة ماشيا وان شاء ركب واهراق دما
وفي القياس لا يلزمه شيء لانه التزم ما ليس بقربة واجبة ولا مقصودة في الاصل ومذهبنا ماثور
عن علي رضي الله عنه ولان الناس تعارفوا ايجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ فصار كما اذا قال علي
زيارة البيت ماشيا فيلزمه ماشيا وان شاء ركب واراق دما وقد ذكرناه في المناسك
ولو قال علي الخروج او الذهاب الى بيت الله تعالى فلا شيء عليه لان التزام الحج او العمرة بهذا

اللفظ غير متعارف ولو قال على المشي الى الحرم او الى الصفا والمروة فلا شيء وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في قوله علي المشي الى الحرم حجة او عمرة ولو قال الى المسجد الحرام فهو على هذا
الاختلاف لهما ان الحرم شامل على البيت وكذا المسجد الحرام فصار ذكره كذكره بخلاف المروة والصفا
لانهما منفصلان عنه وله ان التزام الاحرام بهذه العبارة غير متعارف ولا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة
اللفظ فامتنع اصلا ومن قال عبدي حر ان لم احج العام فقال حججت وشهد شاهدان انه
ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده وهذا عند ابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يعتق لان هذه شهادة
قامت على امر معلوم وهو التضحية ومن ضرورته انتفاء الحج فيتحقق الشرط ولهما انها قامت على
النفي لان المقصود منها نفي الحج لا اثبات التضحية لانه لا مطالب لها فصار كما اذا شهدوا
انه لم يحج غاية الامر ان هذا النفي مما يحيط علم الشاهد به ولكنه لا يميز بين نفي ونفي تيسيرا ومن حلف
لا يصوم فنوى الصوم وصام ساعة ثم افطر من يومه حنث لوجود الشرط اذ الصوم هو الامساك
عن المفطرات على قصد التقرب ولو حلف لا يصوم يوما او صوما فصام ساعة ثم افطر لم يحنث لانه
يراد به الصوم التام المعتبر شرعا وذلك بانتهائه الى آخر اليوم واليوم صريح في تقدير المدة ولو حلف
لا يصلي فقام وقرأ وركع لم يحنث وان سجد مع ذلك ثم قطع حنث والقياس ان يحنث بالافتتاح
اعتبارا بالشروع في الصوم وجه الاستحسان ان الصلوة عبارة عن الاركان المختلفة فما لم يأت
بجميعها لا يسمى صلوة بخلاف الصوم لانه ركن واحد وهو الامساك ويتكرر بالجزء الثاني ولو حلف
لا يصلي صلوة لا يحنث ما لم يصل ركعتين لانه يراد به الصلوة المعتبرة شرعا واقلها ركعتان للنهي
عن البتيراء باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك ومن قال لامرأته ان لبست من غزلك
فهو هدي فاشترى قطنا فغزلته ونسجته ولبسه فهو هدي عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ليس عليه ان يهديه
حتى تغزله من قطن ملكه يوم حلف ومعنى الهدي التصدق به بمكة لانه اسم لما يهدى اليها لهما ان النذر
انما يصح في الملك ولم يوجد لان اللبس وغزل المرأة ليس من اسباب ملكه وله ان غزل المرأة
عادة يكون من قطن الزوج والمعتاد هو المراد وذلك سبب لملكه ولهذا يحنث اذا غزلت من قطن
مملوك له وقت النذر لان القطن لم يصر مذكورا ومن حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم فضة لم يحنث
لانه ليس بحلي عرفا ولا شرعا حتى ابيح استعماله للرجال والتختم به لقصد الختم وان كان من ذهب
حنث لانه حلي ولهذا لا يحل استعماله للرجال ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع لا يحنث عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يحنث لانه حلي حقيقة حتى سمي به في القرآن وله انه لا يتحلى به عرفا الا مرصعا ومبنى الايمان

او مضافا الى سبب الملك

على العرف وقيل هذا اختلاف عصر وزمان ويفتى بقولهما لان التحلي به على الانفراد معتاد ومن حلف
لا ينام على فراش وفوقه قرام حنث لانه تبع للفراش فيعد نائما عليه وان جعل فوق فراش
آخر فنام عليه لا يحنث لان مثل الشيء لا يكون تبعا له فيقطع النسبة عن الاول ولو حلف لا يجلس
على الارض فجلس على بساط او حصير لم يحنث لانه لا يسمى جالسا على الارض بخلاف ما اذا حال
بينه وبين الارض لباسه لانه تبع له فلا يعتبر حائلا ولو حلف لا يجلس على سرير فوقه
بساط او حصير حنث لانه يعد جالسا عليه والجلوس على السرير في العادة كذلك بخلاف
ما اذا جعل فوقه سريرا آخر لانه مثل الاول فيقطع النسبة عنه باب اليمين في الضرب
والقتل وغيره ومن قال ان ضربتك فعبدي حر فمات فضربه فهو على الحيوة خاصة لان
الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن والايلام لا يتحقق في الميت ومن يعذب في القبر
توضع فيه الحيوة في قول العامة وكذلك الكسوة لانه يراد به التمليك عند الاطلاق ومنه
الكسوة في الكفارة وهو من الميت لا يتحقق الا ان ينوي به الستر وقيل بالفارسية
ينصرف الى اللبس قال وكذا الكلام والدخول لان المقصود من الكلام الافهام والموت
ينافيه والمراد من الدخول عليه زيارته وبعد الموت زيارة قبره لا هو ولو قال ان
غسلتك فعبدي حر فغسله بعد الموت يحنث لان الغسل هو الاسالة ومعناه
التطهير ويتحقق ذلك في الميت ومن حلف لا يضرب امرأته فمد شعرها او خنقها او عضها حنث
لانه اسم لفعل مؤلم وقد تحقق الايلام وقيل لا يحنث في حال الملاعبة لانه يسمى ممازحة
لا ضربا ومن قال ان لم اقتل فلانا فامرأته كذا وفلان ميت وهو عالم به حنث لانه
عقد يمينه على حيوة يحدثها الله تعالى فيه وهو متصور فينعقد ثم يحنث للعجز العادي وان لم يعلم
لا يحنث لانه عقد يمينه على حيوة كانت فيه ولا تتصور فيصير قياس مسئلة الكوز على الاختلاف
وليس في تلك المسئلة تفصيل هو الصحيح باب اليمين في تقاضي الدراهم ومن حلف
ليقضين دينه الى قريب فهو ما دون الشهر وان قال الى بعيد فهو اكثر من الشهر لان
ما دونه يعد قريبا والشهر وما زاد عليه يعد بعيدا ولهذا يقال عند بعد العهد ما لقيتك منذ شهر
ومن حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان بعضها زيوفا او نبهرجة او مستحقة
لم يحنث الحالف لان الزيافة عيب والعيب لا يعدم الجنس ولهذا لو تجوز به صار مستوفيا
فوجد شرط البر وقبض المستحقة صحيح ولا يرتفع برده البر المتحقق وان وجدها رصاصا او ستوقة

فجلس على سرير

حنث لانهما ليسا من جنس الدراهم حتى لا يجوز التجوز بهما في الصرف والسلم وان باعه بها عبدا وقبضه بر في يمينه
لان قضاء الدين طريقه المقاصة وقد تحققت بمجرد البيع فكانه شرط القبض ليتقرر به فان وهبها له
يعني الدين لم يبر لعدم المقاصة لان القضاء فعله والهبة اسقاط من صاحب الدين ومن حلف لا يقبض دينه
درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض جميعه لان الشرط قبض الكل لكنه بوصف التفرق
الى دين معرف مضاف اليه فينصرف الى كله فلا يحنث الا به فان قبض دينه في وزنين لم يتشاغل
بينهما الا بعمل الوزن لم يحنث وليس ذلك بتفريق لانه قد يتعذر قبض الكل دفعة واحدة عادة فيصير
هذا القدر مستثنى عنه ومن قال ان كان لي الا مائة درهم فامرأته كذا فلم يملك الا خمسين درهما
لم يحنث لان المقصود عرفا نفي ما زاد على مائة درهم ولان استثناء المائة استثناء بجميع اجزائها
وكذلك اذا قال غير مائة او سوى مائة لان كل ذلك اداة الاستثناء مسائل متفرقة واذا
حلف لا يفعل كذا تركه ابدا لانه نفى الفعل مطلقا فعم الامتناع ضرورة عموم النفي وان حلف ليفعلن
كذا ففعله مرة بر في يمينه لان الملتزم فعل واحد غير عين اذ المقام مقام الاثبات فيبر باي فعل فعله
وانما يحنث بوقوع الياس عنه وذلك بموته او بفوت محل الفعل واذا استحلف الوالي رجلا
ليعلمنه بكل داعر دخل البلد فهذا على حال ولايته لان المقصود منه دفع شره او شر غيره بزجره
فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته والزوال بالموت وكذا بالعزل في ظاهر الرواية ومن حلف ان
يهب عبده من فلان فوهبه ولم يقبل بر في يمينه خلافا لزفر فانه يعتبره بالبيع لانه تمليك مثله
ولنا انه عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل ولان المقصود اظهار السماحة وذلك
يتم به اما البيع فمعاوضة فاقتضى الفعل من الجانبين ولو حلف لا يشم ريحانا فشم وردا او ياسمينا
لا يحنث لانه اسم لما لا ساق له ولهما ساق ولو حلف لا يشتري بنفسجا ولا نية له فهو على دهنه اعتبارا
للعرف ولهذا يسمى بائعه بائع البنفسج والشراء يبتنى عليه وقيل في عرفنا يقع على الورق وان
حلف على الورد فاليمين على الورق لانه حقيقة فيه وفي العرف مقرر له وفي البنفسج قاض عليه

كتاب الحدود

الحد لغة هو المنع ومنه الحداد للبواب وفي الشريعة هو العقوبة المقدرة حقا لله تعالى
حتى لا يسمى القصاص حدا لما انه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير والمقصد الاصلي من شرعه الانزجار عما
يتضرر به العباد والطهارة ليست باصلية فيه بدليل شرعه في حق الكافر قال الزنا يثبت بالبينة
والاقرار والمراد ثبوته عند الامام لان البينة دليل ظاهر وكذا الاقرار لان الصدق فيه مرجح لا سيما
فيما يتعلق بثبوته مضرة ومعرة والوصول الى العلم القطعي متعذر فيكتفى بالظاهر قال والبينة

ان

ان تشهد اربعة من الشهود على رجل وامراة بالزنا لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقوله تعالى
ثم لم ياتوا باربعة شهداء وقال النبي عم للذي قذف امراته ائت باربعة من الشهود يشهدون على
صدق مقالتك ولان في اشتراط الاربعة تحقيق معنى الستر وهو مندوب اليه والاشاعة ضده فاذا شهدوا
سألهم الامام عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنى ومتى زنى وبمن زنى لان النبي عم استفسر ماعزا
عن الكيفية وعن المزنية ولان الاحتياط في ذلك لانه عساه غير الفعل في الفرج عناه او زنى في دار الحرب
او في المتقادم من الزمان او كانت له شبهة لا يعرفها هو ولا الشهود كوطي جارية الابن فيستقصى
في ذلك احتيالا للدرء فاذا بينوا ذلك وقالوا رأيناه وطئها في فرجها كالميل في المكحلة وسأل القاضي
عنهم فعدلوا في السر والعلانية حكم بشهادتهم ولم يكتف بظاهر العدالة احتيالا للدرء قال عليه السلام
ادرأوا الحدود ما استطعتم بخلاف سائر الحقوق عند ابي حنيفة وتعديل السر والعلانية نبينه في الشهادات ان شاء الله
تعالى قال في الاصل يحبسه حتى يسأل عن الشهود للاتهام بالجناية وقد حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا
بالتهمة بخلاف الديون حيث لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة وسيأتيك الفرق ان شاء الله تعالى قال والاقرار
ان يقر البالغ العاقل على نفسه بالزنا اربع مرات في اربعة مجالس من مجالس المقر كلما اقر رده
القاضي فاشتراط العقل والبلوغ لان قول الصبي والمجنون غير معتبر او غير موجب للحد واشتراط الاربع
مذهبنا وعند الشافعي يكتفى بالاقرار مرة واحدة اعتبارا بسائر الحقوق وهذا لانه مظهر وتكرار الاقرار
لا يفيد زيادة الظهور بخلاف زيادة العدد في الشهادة ولنا حديث ماعز رضي الله عنه فانه
اخر الاقامة الى ان تم الاقرار منه اربع مرات في اربعة مجالس فلو ظهر دونها لما اخرها لثبوت
الوجوب ولان الشهادة اختصت فيه بزيادة العدد فكذا الاقرار اعظاما لامر الزنا وتحقيقا
لمعنى الستر ولا بد من اختلاف المجالس لما روينا ولان لاتحاد المجلس اثرا في جمع المتفرقات فعنده يتحقق شبهة الاتحاد في الاقرار والاقرار قائم بالمقر فيعتبر اتحاد مجلسه دون
القاضي والاختلاف بان يرده القاضي كلما اقر فيذهب حيث لا يراه ثم يجي فيقر هو المروي عن ابي حنيفة
لانه عم طرد ماعزا رضي الله عنه في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة قال فاذا تم اقراره اربع مرات
سأله عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنى وبمن زنى فاذا بين ذلك لزمه الحد لتمام الحجة ومعنى السؤال
عن هذه الاشياء بيناه في الشهادة ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان وذكره في الشهادة لان التقادم
العهد يمنع الشهادة دون الاقرار وقيل لو سأله جاز لجواز انه زنى في صباه فان رجع المقر عن اقراره
قبل اقامة الحد او في وسطه قبل رجوعه وخلي سبيله وقال الشافعي وهو قول ابن ابي ليلى رحمه الله
يقيم الحد لانه وجب باقراره فلا يبطل برجوعه وانكاره كما اذا وجب بالشهادة وصار كالقصاص وحد

القذف ولنا ان الرجوع خبر محتمل للصدق كالاقرار وليس احد يكذبه فيه فيتحقق الشبهة في الاقرار
بخلاف ما فيه حق العبد وهو القصاص وحد القذف لوجود من يكذبه ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع
ويستحب للامام ان يلقن المقر الرجوع ويقول له لعلك لمست او قبلت لقوله عم لماعز لعلك لمستها او قبلتها
وينبغي للامام ان يقول لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة وهذا قريب من الاول في المعنى فصل في كيفية
الحد واقامته واذا وجب الحد وكان الزاني محصنا رجمه بالحجارة حتى يموت لانه عم رجم ماعزا
رضي الله عنه وقد احصن وفي الحديث المعروف وزنا وقال ابو يوسف رح يضرب الراس ايضا
رجع اليه وانما يضرب سوطا لقول ابي بكر رضي الله عنه اضربوا الراس فان فيه شيطانا قلنا تاويله
انه قال ذلك فيمن ابيح قتله ويقال انه ورد في حربي كان من دعاة الكفرة والاهلاك فيه مستحق ويضرب
في الحدود كلها قائما غير ممدود لقول علي رضي الله عنه يضرب الرجال في الحدود قياما والنساء قعودا ولان
مبنى اقامة الحدود على التشهير والقيام ابلغ فيه ثم قوله غير ممدود فقد قيل المد ان يلقى على الارض ويمد
كما يفعل في زماننا وقيل ان يمد السوط فيرفعه الضارب فوق راسه وقيل ان يمده بعد الضرب وذلك
كله لا يفعل لانه زيادة على المستحق وان كان عبدا جلده خمسين لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات
من العذاب نزلت في الاماء ولان الرق منصف للنعمة فيكون منقصا للعقوبة لان الجناية عند توافر النعمة
افحش فيكون ادعى الى التغليظ والرجل والمراة في ذلك سواء لان النصوص تشملهما غير ان المراة
لا تنزع من ثيابها الا الفرو والحشو لان في تجريدها كشف العورة والفرو والحشو يمنعان وصول الالم
الى المضروب والستر حاصل بدونهما فينزعان وتضرب جالسة لما روينا ولانه استر لها وان
حفر لها في الرجم جاز لانه عم حفر للغامدية الى ثندوتها وحفر علي رضي الله عنه لشراحة الهمدانية وان ترك
لا يضره لانه عم لم يامر بذلك وهي مستورة بثيابها والحفر احسن لانه استر ويحفر الى الصدر لما روينا
ولا يحفر للرجل لانه عم ما حفر لماعز رضي الله عنه ولان مبنى الاقامة على التشهير في الرجل والربط و
الامساك غير مشروع ولا يقيم المولى الحد على عبده الا باذن الامام وقال الشافعي رح له ان يقيمه لان
له ولاية مطلقة عليه كالامام بل اولى لانه يملك من التصرف فيه ما لا يملكه الامام فصار كالتعزير
ولنا قوله عم اربع الى الولاة وذكر منها الحدود ولان الحد حق الله تعالى لان المقصد منها اخلاء
العالم عن الفساد ولهذا لا يسقط باسقاط العبد فيستوفيه من هو نائب الشرع وهو الامام او نائبه
بخلاف التعزير لانه حق العبد ولهذا يعزر الصبي وحق الشرع موضوع عنه واحصان الرجم ان يكون
حرا بالغا عاقلا مسلما قد تزوج امراة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما على صفة الاحصان والعقل
والبلوغ شرط لاهلية العقوبة اذ لا خطاب دونهما وما وراءهما يشترط لتكامل الجناية بواسطة

رضي الله عنه لعلك لمستها او قبلتها صح

بعد احصان وعلى هذا اجماع الصحابة رضي الله عنهم

تكامل

تكامل النعمة اذ كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها وهذه الاشياء من جلائل النعم وقد شرع الرجم
بالزنا عند استجماعها فيناط به بخلاف الشرف والعلم لان الشرع ما ورد باعتبارهما ونصب الشرع
بالراي متعذر ولان الحرية ممكنة من النكاح الصحيح والنكاح الصحيح ممكن من الوطء الحلال والاصابة شبع
بالحلال والاسلام يمكنه من نكاح المسلمة ويؤكد اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا
والجناية بعد توفر الزواجر اغلظ والشافعي رح يخالفنا في اشتراط الاسلام وكذا ابو يوسف رح
في رواية لهما ما روي ان النبي عم رجم يهوديين قد زنيا قلنا كان ذلك بحكم التوراة
ثم نسخ يؤيده قوله عم من اشرك بالله فليس بمحصن والمعتبر في الدخول الايلاج في القبل
على وجه يوجب الغسل وشرط صفة الاحصان فيهما عند الدخول حتى لو دخل بالمنكوحة
الكافرة او المملوكة او المجنونة او الصبية لا يكون محصنا وكذا اذا كان الزوج موصوفا باحدى
هذه الصفات وهي حرة بالغة عاقلة مسلمة لان النعمة بذلك تتكامل اذ الطبع ينفر عن صحبة
المجنونة وقلما يرغب في الصبية لقلة رغبتها فيه وفي المملوكة حذرا عن رق الولد
ولا ائتلاف مع اختلاف الدين وابو يوسف رح يخالفهما في الكافرة والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عم
لا تحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد قال ولا يجمع في المحصن
بين الجلد والرجم لانه عم لم يجمع ولان الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم لان زجر غيره يحصل بالرجم
اذ هو في العقوبة اقصاها وزجره لا يحصل بعد هلاكه ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي والشافعي
رح يجمع بينهما حدا لقوله عم البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ولان فيه حسم باب الزنا لقلة
المعارف ولنا قوله تعالى فاجلدوا جعل الجلد كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء او الى كونه كل المذكور
ولان في التغريب فتح باب الزنا لانعدام الاستحياء من العشيرة ثم فيه قطع مواد البقاء
فربما تتخذ زناها مكسبة وهو من اقبح وجوه الزنا وهذه الجهة مرجحة لقول علي رضي الله عنه كفى
بالنفي فتنة والحديث منسوخ كشطره وهو قوله عم الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة
وقد عرف طريقه في موضعه قال الا ان يرى ذلك مصلحة فيغربه على قدر ما يرى وذلك تعزير
وسياسة لانه قد يفيد في بعض الاحوال فيكون الراي فيه الى الامام وعليه يحمل النفي المروي
عن بعض الصحابة رض واذا زنى المريض وحده الرجم رجم لان الاتلاف مستحق فلا يمتنع
بسبب المرض وان كان حده الجلد لم يجلد حتى يبرأ كيلا يفضي الى الهلاك ولهذا لا يقام
الحد عند شدة الحر والبرد واذا زنت الحامل لم تحد حتى تضع حملها كيلا يؤدي الى هلاك الولد

وهو نفس محترمة وان كان حدها الجلد لم يجلد حتى تتعالى من نفاسها اي ترتفع يريد به تخرج منه
لان النفاس نوع مرض فيؤخر الى زمان البرء بخلاف الرجم لان التأخير لاجل الولد وقد انفصل
وعن ابي حنيفة رح انه يؤخر الى ان يستغني ولدها عنها اذا لم يكن احد يقوم بتربيته لان في التأخير
صيانة الولد عن الضياع وقد روي انه عم قال للغامدية بعد ما وضعت ارجعي حتى يستغني
ولدك ثم الحبلى تحبس الى ان تلد ان كان الحد ثابتا بالبينة كيلا تهرب بخلاف الاقرار
لان الرجوع عنه عامل فلا يفيد الحبس باب الوطي الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه
الوطي الموجب للحد هو الزنا وانه في عرف الشرع واللسان وطي الرجل المرأة في القبل في غير الملك
وشبهة الملك لانه فعل محظور والحرمة على الاطلاق عند التعري عن الملك وشبهته يؤيد ذلك
قوله عليه السلام ادرؤا الحدود بالشبهات ثم الشبهة نوعان شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه
وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية فالاولى تتحقق في حق من اشتبه عليه لان معناه ان يظن غير الدليل
دليلا ولا بد من الظن ليتحقق الاشتباه والثانية تتحقق لقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته ولا يتوقف
على ظن الجاني واعتقاده والحد يسقط بالنوعين لاطلاق الحديث والنسب يثبت في الثانية
اذا ادعى الولد ولا يثبت في الاولى وان ادعاه لان الفعل تمحض زنا في الاولى وان سقط
الحد لامر راجع اليه وهو اشتباه الامر عليه ولم يتمحض في الثانية فشبهة الفعل في ثمانية مواضع
جارية ابيه وامه وزوجته والمطلقة ثلثا وهي في العدة وام ولد اعتقها المولى وهي في العدة
وجارية المولى في حق العبد والجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود وهو
الاصح ففي هذه المواضع لا حد اذا قال ظننت انها تحل لي ولو قال علمت انها حرام علي
وجب الحد والشبهة في المحل في ستة مواضع جارية ابنه والمطلقة بائنا بالكنايات والجارية
المبيعة في حق البائع قبل التسليم والممهورة في حق الزوج قبل القبض والمشتركة بينه وبين غيره
والمرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن ففي هذه المواضع لا يجب الحد وان قال
علمت انها علي حرام ثم الشبهة عند ابي حنيفة رح تثبت بالعقد وان كان متفقا على تحريمه
وهو عالم به وعند الباقين لا تثبت اذا علم بتحريمه ويظهر ذلك في نكاح المحارم على ما يأتيك
ان شاء الله تعالى اذا عرفنا هذا قال ومن طلق امرأته ثلثا ثم وطئها في العدة وقال علمت
انها علي حرام حد لزوال الملك المحلل من كل وجه فيكون الشبهة منتفية وقد نطق الكتاب بانتفاء
الحل وعلى ذلك الاجماع ولا يعتبر قول المخالف فيه لانه خلاف لا اختلاف ولو قال ظننت انها

وبائنا بالطلاق على مال وفي العدة صح

تحل

تحل لي لا يحد لان الظن في موضعه لان اثر الملك قائم في حق النسب والحبس والنفقة
فاعتبر ظنه في اسقاط الحد وام الولد اذا اعتقها مولاها والمختلعة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلث
لثبوت الحرمة بالاجماع وقيام الآثار في العدة ولو قال لها انت خلية او برية او امرك بيدك
فاختارت نفسها ثم وطئها في العدة وقال علمت انها حرام علي لم يحد لاختلاف الصحابة رضوان
الله تعالى عليهم اجمعين فيه فمن مذهب عمر رضي الله عنه انها تطليقة رجعية وكذا الجواب في سائر الكنايات
وكذا اذا نوى ثلثا لقيام الاختلاف مع ذلك ولا حد على من وطئ جارية ولده وولد ولده وان
قال علمت انها علي حرام لان الشبهة حكمية لانها نشأت عن دليل وهو قوله عم انت ومالك
لابيك والابوة قائمة في حق الجد ويثبت النسب منه وعليه قيمة الجارية وقد ذكرناه واذا وطئ
جارية ابيه او امه او زوجته وقال ظننت انها تحل لي لم يحد ولا على قاذفه وان قال علمت
انها علي حرام حد وكذا العبد اذا وطئ جارية مولاه لان بين هؤلاء انبساطا في الانتفاع فظنه
في الاستمتاع الا انه زنا حقيقة فلا يحد قاذفه وكذا اذا قالت الجارية ظننت انه يحل لي والفحل
لم يدع في الظاهر لان الفعل واحد وان وطئ جارية اخيه او عمه وقال ظننت انها تحل
لي حد لانه لا انبساط في المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما بينا ومن زفت
اليه غير امرأته وقالت النساء انها زوجتك فوطئها لا حد عليه وعليه المهر وبالعدة ولانه اعتمد
دليلا وهو الاخبار في موضع الاشتباه اذ الانسان لا يميز بين امرأته وبين غيرها في اول الوهلة فصار كالمغرور
ولا يحد قاذفه الا في رواية عن ابي يوسف رح لان الملك منعدم حقيقة ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها
فعليه الحد لانه لا اشتباه بعد طول الصحبة فلم يكن الظن مستندا الى دليل وهذا لانه قد ينام على فراشها
من المحارم التي في بيتها وكذا اذا كان اعمى لانه يمكنه التمييز بالسؤال وغيره الا اذا دعاها
فاجابته اجنبية وقالت انا زوجتك فواقعها لان الاخبار دليل ومن تزوج امرأة
لا تحل له نكاحها فوطئها لا يجب عليه الحد عند ابي حنيفة رح لكن يوجع عقوبة اذا علم بذلك
وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله تعالى عليه الحد اذا كان عالما بذلك لانه عقد لم يصادف
محله فيلغو كما اذا اضيف الى الذكور وهذا لان محل التصرف ما يقبل مقصوده والانثى من بنات آدم
قابلة للتوالد وهو المقصود وكان ينبغي ان ينعقد في حق جميع الاحكام الا انه تقاعد عن افادة حقيقة
الحل فيورث الشبهة لان الشبهة ما يشبه الثابت لا نفس الثابت الا انه ارتكب جريمة وليس
فيها حد مقدر فيعزر ومن وطئ اجنبية فيما دون الفرج يعزر لانه منكر ليس فيه شيء مقدر ومن اتى

فقضى بذلك علي رضي الله عنه صح

ما يكون محلا للحكم وحكمه الحل وهي من المحرمات ولابي حنيفة رحمه الله ان العقد صادف محله لان المحل المتصرف صح

امرأة في الموضع المكروه او عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند ابي حنيفة رح ويعزر وزاد في الجامع الصغير
ويودع في السجن وقالا هو كالزنا فيحد وهو احد قولي الشافعي رح وقال في قول يقتلان بكل حال
لقوله عليه السلام اقتلوا الفاعل والمفعول ويروى فارجموا الاعلى والاسفل ولهما انه في معنى الزنا لانه قضاء
الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما لقصد سفح الماء وله انه ليس بزنا لاختلاف
الصحابة رضي الله عنهم اجمعين في موجبه من الاحراق بالنار وهدم الجدار والتنكيس من مكان مرتفع باتباع
الحجارة وغير ذلك ولا هو في معنى الزنا لانه ليس فيه اضاعة الولد واشتباه الانساب وكذا
هو اندر وقوعا لانعدام الداعي في احد الجانبين والداعي الى الزنا من الجانبين وما رواه محمول على
السياسة او على المستحل الا انه يعزر عنده لما بيناه ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه لانه ليس
في معنى الزنا في كونه جناية وفي وجود الداعي لان الطبع السليم ينفر عنه والحامل عليه نهاية السفه
او فرط الشبق ولهذا لا يجب ستره الا انه يعزر لما بينا والذي يروى انه تذبح البهيمة وتحرق فذلك
لقطع التحدث به وليس بواجب ومن زنى في دار الحرب او في دار البغي ثم خرج الينا لا يقام
الحد عليه وعند الشافعي رح يحد لانه التزم باسلامه احكامه اين ما كان مقامه ولنا قوله عليه السلام
لا تقام الحدود في دار الحرب ولان المقصود هو الانزجار وولاية الامام منقطعة فيها فيعرى
الوجوب عن الفائدة ولا تقام بعد ما خرج لانها لم تنعقد موجبة فلا تنقلب موجبة ولو غزا من له ولاية الاقامة
بنفسه كالخليفة وامير مصر يقيم الحد على من زنى في معسكره لانه تحت يده بخلاف امير العسكر والسرية
لانه لم يفوض اليهما الاقامة واذا دخل حربي دارنا بامان فزنى بذمية او زنى ذمي بحربية يحد الذمي
والذمية عند ابي حنيفة رح ولا يحد الحربي والحربية وهو قول محمد في الذمي يعني اذا زنى بحربية فاما
اذا زنى الحربي بذمية لا يحدان عند محمد وهو قول ابي يوسف رح اولا وقال ابو يوسف رح يحدون كلهم
وهذا قوله الآخر لابي يوسف ان المستامن التزم احكامنا مدة مقامه في دارنا في المعاملات
كما ان الذمي التزمها مدة عمره ولهذا يحد حد القذف ويقتل قصاصا بخلاف حد الشرب لانه
يعتقد اباحته ولهما انه ما دخل للقرار بل لحاجة كالتجارة ونحوها فلم يصر من اهل دارنا ولهذا يمكن
من الرجوع الى دار الحرب ولا يقتل المسلم ولا الذمي به فانما يلتزم من الحكم ما يرجع الى تحصيل مقصوده
وهو حقوق العباد لانه لما طمع في الانصاف يلتزم الانتصاف والقصاص وحد القذف من
حقوقهم اما حد الزنا فمحض حق الشرع ولمحمد رح وهو الفرق ان الاصل في باب فعل الرجل والمرأة
تابعة على ما نذكره ان شاء الله تعالى فامتناع الحد في حق الاصل يوجب امتناعه في حق التبع اما

اما الامتناع في حق التبع لا يوجب الامتناع في حق الاصل نظيره اذا زنى البالغ بصبية او مجنونة
وتمكين البالغة من الصبي والمجنون ولابي حنيفة فيه ان فعل المستامن زنا لانه مخاطب بالحرمات
على ما هو الصحيح وان لم يكن مخاطبا بالشرائع على اصلنا والتمكين من فعل هو زنا موجب للحد
بخلاف الصبي والمجنون لانهما لا يخاطبان ونظير هذا الاختلاف اذا زنى المكره بالمطاوعة تحد
المطاوعة عنده وعند محمد رح لا تحد واذا زنى الصبي والمجنون بامرأة طاوعته فلا حد عليه ولا عليها
وقال زفر والشافعي رح يجب الحد عليها وهو رواية عن ابي يوسف رح واما اذا زنى صحيح بمجنونة او صغيرة
يجامع مثلها حد الرجل خاصة وهذا بالاجماع لهما ان العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه
وكذا العذر من جانبه وهذا لان كلا منهما مؤاخذ بفعله ولنا ان فعل الزنا يتحقق منه وانما هي
محل الفعل ولهذا يسمى هو واطئا والمرأة موطوءة وانما سميت زانية مجازا تسمية
للمفعول باسم الفاعل كالراضية بمعنى المرضية او لكونها مسببة بالتمكين فيتعلق الحد في حقها بالتمكين
من قبيح الزنا وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه ومؤثم على مباشرته وفعل الصبي ليس بهذه الصفة
فلا يناط به الحد ومن اكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه وكان ابو حنيفة رح يقول اولا يحد وهو قول زفر
لان الانتشار لا يكون الا بالطواعية ثم رجع وقال لا حد عليه لان الانتشار قد يكون طبعا لا طوعا
كما في النائم فاورث شبهة قال فان اكرهه غير السلطان حد عند ابي حنيفة رح وقالا لا يحد لان
الاكراه عندهما قد يتحقق من غير السلطان لان المؤثر خوف الهلاك وانه يتحقق من غيره وله ان الاكراه من غيره لا يدوم
الا نادرا لتمكنه من الاستعانة بالسلطان او بجماعة المسلمين ويمكنه دفعه بنفسه بالسلاح والنادر
لا حكم له فلا يسقط به الحد بخلاف السلطان لانه لا يمكنه الاستعانة بغيره ولا الخروج بالسلاح
والنادر لا حكم له فلا يسقط به الحد بخلاف السلطان لانه لا يمكنه الاستعانة بغيره ولا الخروج
بالسلاح عليه ومن اقر اربع مرات في مجالس مختلفة انه زنى بفلانة وقالت هي تزوجني او اقرت
بالزنا وقال الرجل تزوجتها فلا حد عليه وعليه المهر في ذلك لان دعوى النكاح تحتمل الصدق وهو يقوم
بالطرفين فاورث شبهة واذا سقط الحد وجب المهر تعظيما لخطر البضع ومن زنى بجارية فقتلها
فانه يحد وعليه القيمة معناه قتلها بفعل الزنا لانه جنى جنايتين فيوفر على كل واحد منهما حكمه وعن ابي يوسف رح
انه لا يحد لان تقرر ضمان القيمة سبب لملك الامة فصار كما اذا اشتراها بعد ما زنى بها وهو على هذا الخلاف
فاعتراض سبب الملك قبل الاقامة يوجب سقوط الحد كما اذا ملك المسروق قبل القطع ولهما انه ضمان
قتل فلا يوجب الملك لانه ضمان دم ولو كان يوجبه فانما يوجبه في العين كما في هبة المسروق لا في منافع

البضع لانها استوفيت والملك يثبت مستندا فلا يظهر في المستوفى لكونها معدومة وهذا بخلاف ما اذا زنا
بها فاذهب عينيها حيث يجب عليه قيمتها ويسقط الحد لان الملك يثبت هنالك في الجثة العمياء وهي عين
فاورثت شبهة قال وكل شيء صنعه الامام الذي ليس فوقه امام فلا حد عليه الا القصاص فانه يؤخذ به
وبالاموال لان الحدود حق الله تعالى واقامتها اليه لا الى غيره ولا يمكنه ان يقيم على نفسه
لانه لا يفيد بخلاف حقوق العباد لانه يستوفيه ولي الحق اما بتمكينه او بالاستعانة بمنعة المسلمين
والقصاص والاموال منها واما حد القذف قالوا المغلب فيه حق الشرع فحكمه حكم سائر الحدود
التي هي حق الله تعالى عز وجل باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها واذا شهد الشهود
بحد متقادم لم يمنعهم عن اقامته بعدهم عن الامام لم تقبل شهادتهم الا في حد القذف خاصة
وفي الجامع الصغير فاذا شهد عليه الشهود بسرقة او بشرب الخمر او بزنا بعد حين لم يؤخذ به
السرقة والاصل ان الحدود الخالصة حقا لله تعالى تبطل بالتقادم خلافا للشافعي رحمه الله
وهو يعتبرها بحقوق العباد وبالاقرار الذي هو احدى الحجتين ولنا ان الشاهد مخير بين
اداء الشهادة والستر فالتأخير ان كان لاختيار الستر فالاقدام على الاداء بعد ذلك لضغينة
هيجته او لعداوة حركته فيتهم فيها وان كان التأخير لا للستر يصير فاسقا آثما فتيقنا
بالمانع بخلاف الاقرار لان الانسان لا يعادي نفسه فحد الزنا وشرب الخمر والسرقة
خالص حق الله تعالى حتى يصح الرجوع عنها بعد الاقرار فيكون التقادم فيه مانعا وحد القذف
حق العبد لما فيه دفع العار عنه ولهذا لا يصح رجوعه بعد الاقرار والتقادم غير مانع
في حقوق العباد ولان الدعوى فيه شرط فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب
تفسيقهم بخلاف حد السرقة لان الدعوى ليس بشرط للحد لانه خالص حق الله تعالى على
ما مر وانما شرط للمال ولان الحكم يدار على كون الحد حقا لله تعالى فلا يعتبر وجود التهمة
في كل فرد ولان السرقة تقام على الاستسرار على غرة من المالك فيجب على الشاهد اعلامه
فبالكتمان يصير فاسقا آثما ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الاقامة بعد القضاء
عندنا خلافا لزفر حتى لو هرب بعدما ضرب بعض الحد ثم اخذ بعد التقادم لا يقام عليه لان الامضاء من
القضاء في باب الحدود واختلفوا في الجامع الصغير الى ستة اشهر فانه قال بعد حين وهكذا اشار الطحاوي
وابو حنيفة لم يقدر في ذلك وفوضه الى رأي القاضي في كل عصر وعن محمد انه قدره بشهر لان ما دونه
عاجل وهو رواية عن ابي حنيفة وابي يوسف وهو الاصح وهذا اذا لم يكن بين القاضي وبينهم مسيرة

شهر

شهر اما اذا كان تقبل شهادتهم لان المانع بعدهم عن الامام فلا تتحقق التهمة والتقادم في حد
الشرب كذلك عند محمد وعندهما يقدر بزوال الرائحة على ما يأتي في بابه ان شاء الله تعالى واذا
شهدوا على رجل انه زنا بفلانة وفلانة غائبة فانه يحد فان شهدوا انه سرق من فلان
وهو غائب لم يقطع والفرق ان بالغيبة تنعدم الدعوى وهي شرط في السرقة دون الزنا
وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهوم فان شهدوا انه زنا بامرأة لا يعرفونها
لم يحد لاحتمال انها امرأته او امته بل هو الظاهر وان اقر بذلك حد لانه لا يخفى عليه امرأته او
امته وان شهد اثنان انه زنا بفلانة فاستكرهها وآخران انها طاوعته درئ الحد عنهما
جميعا عند ابي حنيفة وهو قول زفر وقالا يحد الرجل خاصة لاتفاقهما على الموجب وتفرد احدهما
بزيادة جناية وهو الاكراه بخلاف جانبها لان طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها ولم يثبت
لاختلافهم وله انه اختلف المشهود عليه لان الزنا فعل واحد يقوم بهما ولان شاهدي الطواعية
صارا قاذفين لها وانما يسقط الحد عنهما بشهادة شاهدي الاكراه لان زناها مكرهة يسقط
احصانها فصارا خصمين في ذلك وان شهد اثنان انه زنا بامرأة بالكوفة وآخران انه زنى بها بالبصرة
درئ الحد عنهما جميعا لان المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان فلم يتم على كل واحد منهما
نصاب الشهادة ولا يحد الشهود خلافا لزفر لشبهة الاتحاد نظرا الى اتحاد الصورة والمرأة
وان اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة معناه ان يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية وهذا
استحسان والقياس ان لا يجب لاختلاف المكان حقيقة وجه الاستحسان ان التوفيق ممكن بان يكون ابتداء
الفعل في زاوية والانتهاء في زاوية اخرى بالاضطراب او لان الواقع في وسط البيت فيحسبه من
في المقدم في المقدم ومن في المؤخر في المؤخر فيشهد بحسب ما عنده وان شهد اربعة انه زنا بامرأة
بالنخيلة عند طلوع الشمس واربعة انه زنا بها عند طلوع الشمس بدير هند درئ الحد عنهم جميعا اما
عنهما فلانا تيقنا بكذب احد الفريقين غير عين واما عن الشهود فلاحتمال صدق كل فريق وان شهد
اربعة على امرأة بالزنا وهي بكر درئ الحد عنهما وعنهم لان الزنا لا يتحقق مع البكارة ومعنى المسألة
ان النساء نظرن اليها وقلن انها بكر وشهادتهن حجة في اسقاط الحد وليست بحجة في ايجابه
فلهذا سقط الحد عنهما ولا يجب عليهم وان شهد اربعة على رجل بالزنا وهم عميان او محدودون
في قذف او احدهم عبد او محدود في قذف فانهم يحدون ولا يحد المشهود عليه لانه لا يثبت
المال فكيف الحدود وهم ليسوا من اهل اداء الشهادة والعبد ليس باهل للتحمل والاداء فلم يثبت

شبهة الزنا لان الزنا يثبت بالاداء وان شهدوا وهم فساق او ظهر انهم فساق لم يحدوا لان
الفاسق من اهل الاداء والتحمل وان كان في ادائه نوع قصور لتهمة الفسق ولهذا لو قضى القاضي بشهادتهم
ينفذ عندنا فيثبت بشهادتهم شبهة الزنا وباعتبار قصور في الاداء لتهمة الفسق يثبت شبهة عدم الزنا
فلهذا امتنع الحدان وسياتي فيه خلاف الشافعي رحمه الله هو بناء على اصله ان الفاسق ليس من اهل الشهادة
فهو كالعبد عنده وان نقص عدد الشهود عن اربعة حدوا لانهم قذفة اذ لا حسبة
عند نقصان العدد وخروج الشهادة عن القذف باعتباره وان شهد اربعة
على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم ثم وجد احدهم عبدا او محدودا في القذف فانهم يحدون لانهم قذفة

وان رجم فديته على بيت المال وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ارش الضرب ايضا على بيت المال

او الشهود ثلاثة وليس عليهم ولا على بيت المال ارش الضرب ايضا قال رضي الله عنه معناه
اذا كان جرحه وعلى هذا الخلاف اذا مات من الضرب وعلى هذا اذا رجع الشهود لا يضمنون عنده
وعندهما يضمنون لهما ان الواجب بشهادتهم مطلق الضرب اذ الاحتراز عن الجرح خارج
عن الوسع فينتظم الجارح وغيره فيضاف الى شهادتهم فيضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع
يجب على بيت المال لانه ينتقل فعل الجلاد الى القاضي وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم
وصار كالرجم والقصاص ولابي حنيفة ان الواجب هو الحد وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك
ولا يقع جارحا ظاهرا الا لمعنى في الضارب وهو قلة هدايته فاقتصر عليه الا انه لا يجب الضمان
عليه في الصحيح كيلا يمتنع الناس عن الاقامة مخافة الغرامة وان شهد اربعة على شهادة اربعة
على رجل بالزنا لم يحد لما فيها من زيادة الشبهة ولا ضرورة الى تحملها فان جاء الاولون
فشهدوا على المعاينة في ذلك المكان لم يحد ايضا معناه شهدوا على ذلك الزنا بعينه لان
شهادتهم قد ردت من وجه برد شهادة الفروع في عين هذه الحادثة اذ هم قائمون مقامهم
بالامر والتحميل ولا يحد الشهود لان عددهم متكامل وامتناع الحد عن المشهود عليه لنوع
شبهة وهي كافية لدرء الحد لا لايجابه واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فرجم فكلما رجع
واحد منهم حد الراجع وحده وغرم ربع الدية اما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة
ارباع الحق فيكون التالف بشهادة الراجع ربع الحق وقال الشافعي يجب القتل دون المال
بناء على اصله في شهود القصاص وسنبينه في الديات ان شاء الله تعالى واما الحد فمذهب
علمائنا الثلاثة رحمهم الله وقال زفر لا يحد لانه ان كان قاذف حي فقد بطل بالموت وان كان قاذف
ميت فهو مرجوم بحكم القاضي فيورث ذلك شبهة ولنا ان الشهادة انما تنقلب قذفا بالفسخ

وقد انفسخت

وقد انفسخت الحجة فينفسخ ما ينبني عليه وهو القضاء في حقه فلا يورث الشبهة بخلاف ما اذا قذفه
غيره لانه غير محصن في حق غيره لقيام القضاء في حقه فان لم يحد المشهود عليه حتى رجع واحد منهم حدوا
جميعا وسقط الحد عن المشهود عليه وقال محمد رحمه الله حد الراجع خاصة لان الشهادة تاكدت بالقضاء
فلا تنفسخ الا في حق الراجع كما اذا رجع بعد الامضاء ولهما ان الامضاء من القضاء فصار كما اذا
رجع واحد قبل القضاء ولهذا يسقط الحد عن المشهود عليه ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا
جميعا وقال زفر رحمه الله يحد الراجع خاصة لانه لا يصدق على غيره ولنا ان كلامهم قذف في الاصل وانما يصير
شهادة باتصال القضاء به واذا لم يتصل به بقي قذفا فيحدون قال فان كانوا خمسة فرجع
احدهم لا شيء عليه لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهو شهادة الاربع فان رجع آخر حدا وغرما
ربع الدية اما الحد فلما ذكرنا واما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة ارباع الحق والمعتبر بقاء
من بقي على ما عرف فان شهد اربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فاذا الشهود مجوس او عبيد فالدية
على المزكين عند ابي حنيفة رحمه الله معناه اذا رجعوا عن التزكية وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله على بيت المال وقيل
هذا اذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم لهما انهم اثنوا على الشهود خيرا فصار كما اذا اثنوا على المشهود
عليه خيرا بان شهدوا على احصانه وله ان الشهادة انما تصير حجة وعاملة بالتزكية فكانت التزكية
في معنى علة العلة فيضاف الحكم اليها بخلاف الشهود بالاحصان لانه محض الشرط ولا فرق بين ما اذا
شهدوا بلفظة الشهادة او اخبروا وهذا اذا اخبروا بالحرية والاسلام واما اذا قالوا هم عدول
وظهروا عبيدا لا يضمنون لان العبد قد يكون عدلا ولا ضمان على الشهود لانه لم يقع كلامهم شهادة
ولا يحدون حد القذف لانهم قذفوا حيا وقد مات فلا يورث عنه واذا شهد اربعة على رجل بالزنا
فامر القاضي برجمه فضرب رجل عنقه ثم وجد الشهود عبيدا فعلى القاتل الدية وفي القياس يجب القصاص
لانه قتل نفسا معصومة بغير حق وجه الاستحسان ان القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل فاورث شبهة
بخلاف ما اذا قتله قبل القضاء لان الشهادة لم تصر حجة بعد ولانه ظنه مباح الدم معتمدا على دليل
مبيح فصار كما اذا ظنه حربيا وعليه علامتهم وتجب الدية في ماله لانه عمد والعواقل لا تعقل
العمد وتجب في ثلث سنين لانه وجب بنفس القتل فان رجم ثم وجدوا عبيدا فالدية على بيت المال
لانه امتثل امر الامام فينتقل فعله اليه ولو باشره بنفسه تجب الدية في بيت المال لما ذكرنا
كذا هذا بخلاف ما اذا ضرب عنقه لانه لم ياتمر امره واذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا
النظر قبلت شهادتهم لانه يباح النظر لهم ضرورة تحمل الشهادة فاشبه الطبيب والقابلة و

وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأنكر الإحصان وله امرأة قد ولدت منه فإنه يرجم معناه أن ينكر
الدخول بعد وجود سائر الشرائط لأن الحكم بثبات النسب منه حكم بالدخول عليه ولهذا لو طلقها يعقب
الرجعة والإحصان يثبت بمثله فإن لم تكن ولدت منه وشهد عليه بالإحصان رجل وامرأتان
رجم خلافاً لزفر والشافعي رحمه الله فالشافعي مرّ على أصله أن شهادتهن غير مقبولة في غير الأموال وزفر يقول
إنه شرط في معنى العلة لأن الجناية تتغلظ عنده فيضاف الحكم إليه فأشبه حقيقة العلة فلا تقبل شهادة
النساء فيه وصار كما إذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم أنه أعتقه قبل الزنا لا تقبل لما ذكرنا
ولنا أن الإحصان عبارة عن الخصال الحميدة وإنها مانعة عن الزنا لما ذكرنا فلا يكون في معنى العلة فصار
كما إذا شهدوا به في غير هذه الحالة بخلاف ما ذكر لأن العتق يثبت بشهادتهما وإنما لا يثبت
سبق التاريخ لأنه ينكره المسلم أو يتضرر به المسلم فإن رجع شهود الإحصان لا يضمنون عندنا
خلافاً لزفر رحمه الله وهو فرع ما تقدم

باب حد الشرب

ومن شرب الخمر فأخذ وريحها موجود
أو جاؤوا به سكران فشهد الشهود عليه بذلك فعليه الحد وكذا إذا أقر وريحها موجود
لأن جناية الشرب قد ظهرت ولم يتقادم العهد والأصل فيه قوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه
فإن عاد فاجلدوه فإن أقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف رحمه الله
وقال محمد رحمه الله يحد فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير أنه مقدر بالزمان عنده
اعتباراً بحد الزنا وهذا لأن التأخير يتحقق بمضي الزمان والرائحة قد تكون من غيره كما قيل
شعر: يقولون لي انكه قد شربت مدامة ... فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا
وعندهما يقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود رضي الله عنه فإن وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه
ولأن قيام الأثر من أقوى دلالة على القرب وإنما يصار إلى التقدير بالزمان عند تعذر
اعتباره والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل وإنما يشتبه على الجهال وأما الإقرار فالتقادم
لا يبطله عند محمد رحمه الله كما في حد الزنا على ما مر تقريره وعندهما لا يقام الحد إلا عند قيام الرائحة لأن
حد الشرب ثبت بإجماع الصحابة رضوان الله تعالى عليهم أجمعين ولا إجماع إلا برأي ابن مسعود رضي الله عنه
وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا فإن أخذه الشهود وريحها توجد منه أو هو سكران فذهبوا
به من مصر إلى مصر فيه الإمام فانقطع ذلك قبل أن ينتهوا به حد في قولهم جميعاً لأن هذا عذر
كبعد المسافة في حد الزنا والشاهد لا يتهم في مثله ومن سكر من النبيذ حد لما روي أن عمر
رضي الله عنه أقام الحد على أعرابي سكر من النبيذ وبيان الكلام في حد السكر ومقدار حده

وكذلك إذا شهدوا عليه بعد ما ذهب ريحها عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يحد

المستحق

المستحق عليه إن شاء الله تعالى ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر أو تقيأها لأن الرائحة محتملة
وكذا الشرب قد يقع عن إكراه واضطرار ولا يحد حتى يعلم أنه سكر من النبيذ وشربه طوعاً لأن
السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك وكذا شرب المكره لا يوجب الحد ولا يحد
حتى يزول عنه السكر تحصيلاً لمقصود الانزجار وحد الخمر والسكر في الحر ثمانون سوطاً لإجماع الصحابة
رضي الله عنهم ويفرق على بدنه كما في حد الزنا على ما مر ثم يجرد في المشهور من الرواية وعن محمد رحمه الله أنه لا يجرد إظهاراً
للتخفيف لأنه لم يرد به نص التجريد ووجه المشهور أنا أظهرنا التخفيف مرة فلا يعتبر ثانياً وإن كان
عبداً فحده أربعون لأن الرق منصف على ما عرف ومن أقر بشرب الخمر أو السكر ثم رجع لا يحد
لأنه خالص حق الله تعالى ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت بالإقرار مرة واحدة
وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يشترط الإقرار مرتين وهو نظير الاختلاف في السرقة وسنبينها إن شاء الله
تعالى ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال لأن فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان
والسكران الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقاً قليلاً ولا كثيراً ولا يعقل الرجل والمرأة قال رضي الله عنه
هذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا هو الذي يهذي ويختلط كلامه لأنه هو السكران في العرف وإليه مال
أكثر المشايخ وله أنه يؤخذ في أسباب الحد بأقصاها درءاً للحد ونهاية السكر أن يغلب
السرور على العقل فيسلبه التمييز بين شيء وشيء وما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو
والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة ما قالاه بالإجماع أخذاً بالاحتياط والشافعي رحمه الله يعتبر ظهور
أثره في مشيته وحركاته وأطرافه وهذا مما يتفاوت فلا معنى لاعتباره ولا يحد السكران
بإقراره على نفسه لزيادة احتمال الكذب فيحتال لدرئه لأنه خالص حق الله تعالى بخلاف حد
القذف لأن فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي في إقراره عقوبة عليه كما في سائر تصرفاته ولو
ارتد السكران لا تبين امرأته لأن الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر والله أعلم

باب حد القذف

إذا قذف الرجل رجلاً محصناً أو امرأة محصنة بصريح الزنا وطالب المقذوف
بالحد حده الحاكم ثمانين سوطاً إن كان حراً لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات إلى أن قال
فاجلدوهم ثمانين جلدة الآية والمراد الرمي بالزنا بالإجماع وفي النص إشارة إليه وهو
اشتراط أربعة من الشهداء إذ هو مختص بالزنا ويشترط مطالبة المقذوف لأن فيه حقه من حيث
دفع العار وإحصان المقذوف لما تلونا قال ويفرق الضرب على أعضائه لما مر في حد الزنا
ولا يجرد من ثيابه لأن سببه غير مقطوع به فلا يقام على الشدة بخلاف حد الزنا غير أنه ينزع عنه

الحشو والغرور لان ذلك يمنع ايصال الالم به وان كان القاذف عبدا جلد اربعين سوطا لمكان

الرق والاحصان ان يكون المقذوف حرا عاقلا بالغا مسلما عفيفا عن فعل الزنا اما الحرية فلانه يطلق

عليه اسم الاحصان قال الله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب اى على الحرائر والعقل والبلوغ

لان العار لا يلحق الصبى والمجنون لعدم تحقق فعل الزنا منهما والاسلام لقوله عم من اشرك بالله فليس بمحصن

والعفة لان غير العفيف لا يلحقه العار وكذا القاذف صادق فيه ومن نفى نسب غيره وقال لست

لابيك فانه يحد وهذا اذا كانت امه حرة مسلمة لانه فى الحقيقة قذف لامه لان النسب انما ينفى عن

الزانى لا عن غيره ومن قال لغيره فى غضب لست بابن فلان لابيه الذى يدعى له يحد ولو قال

فى غير غضب لا يحد لان عند الغضب يراد به حقيقته سبا وفى غيره يراد به المعاتبة بنفى مشابهته اباه فى اسباب

المروة ولو قال لست بابن فلان يعنى جده لم يحد لانه صادق فى كلامه ولو نسبه الى جده لا يحد

ايضا لانه صادق فى كلامه ولو نسبه قد ينسب اليه مجازا ولو قال له يا ابن الزانية وامه ميتة

محصنة فطالب الولد بحده حد القاذف لانه قذف محصنة بعد موتها ولا يطالب بحد القذف

للميت الا من يقع القدح فى نسبه بقذفه وهو الوالد والولد لان العار يلحق بهما لمكان الجزئية

فيكون القذف متناولا له معنى وعند الشافعى رحمه الله يثبت حق المطالبة لكل وارث لان حد القذف

يورث عنده على ما نبين ان شاء الله تعالى وعندنا ولاية المطالبة ليس بطريق الارث

بل لما ذكرناه ولهذا يثبت عندنا للمحروم عن الميراث بالقتل ويثبت لولد البنت كما

يثبت لولد الابن خلافا لمحمد رحمه الله ويثبت لولد الولد حال قيام الولد خلافا لزفر رحمه الله

واذا كان المقذوف محصنا جاز لابنه الكافر والعبد ان يطالب بالحد خلافا لزفر رحمه الله هو

يقول القذف يتناوله معنى لرجوع العار اليه وليس طريقه الارث عندنا فصار كما اذا كان

متناولا له صورة ومعنى ولنا انه عيره بقذف محصن فياخذه بالحد وهذا لان الاحصان

فى الذى ينسب الى الزنا شرط ليقع تعييرا على الكمال ثم يرجع هذا التعيير الكامل الى ولده

والكفر لا ينافى اهلية الاستحقاق بخلاف ما اذا تناول القذف نفسه لانه لم يوجد التعيير على الكمال

لفقد الاحصان فى المنسوب الى الزنا وليس للعبد ان يطالب مولاه بقذف امه الحرة ولا للابن

ان يطالب اباه بقذف امه الحرة المسلمة لان المولى لا يعاقب بسبب عبده وكذا الاب

بسبب ابنه ولهذا لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده ولو كان لها ابن من غيره له

ان يطالب لتحقق السبب وانعدام المانع ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد

وقال

وقال الشافعى رحمه الله لا يبطل ولو مات بعد ما اقيم بعض الحد بطل الباقى عندنا خلافا له بناء

على انه يورث عنده وعندنا لا يورث ولا خلاف ان فيه حق الشرع وحق العبد فانه شرع

لدفع العار عن المقذوف وهو الذى ينتفع به على الخصوص فمن هذا الوجه حق العبد ثم انه شرع

زاجرا ومنه سمى حدا والمقصود من شرع الزواجر اخلاء العالم عن الفساد وهذا اية حق الشرع

وبكل ذلك تشهد الاحكام فاذا تعارضت الجهتان فالشافعى رحمه الله مال الى تغليب حق العبد تقديما لحق

العبد باعتبار حاجته وغنى الشرع ونحن صرنا الى تغليب حق الشرع لان ما للعبد من الحق يتولاه مولاه

فيصير حق العبد مرعيا به ولا كذلك عكسه لانه لا ولاية للعبد باستيفاء حقوق الشرع الا نيابة

هو الاصل المشهور الذى يتخرج عليه الفروع المختلف فيها منها الارث اذ الارث يجرى فى حقوق العباد

لا فى حقوق الشرع ومنها العفو فانه لا يصح عفو المقذوف عندنا وعنده يصح ومنها انه لا يجوز الاعتياض

عنه ويجرى فيه التداخل وعنده لا يجرى وعن ابى يوسف رحمه الله فى العفو مثل قول الشافعى رحمه الله ومن اصحابنا

رحمهم الله من قال ان الغالب حق العبد وخرج الاحكام والاول اظهر قال ومن اقر بالقذف ثم رجع

لم يقبل رجوعه ومن قال لعربى يا نبطى لم يحد لانه يراد به التشبيه فى الاخلاق او عدم الفصاحة

وكذا اذا قال لست بعربى لما قلنا ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف لانه

يراد به التشبيه فى الجود والسماحة والصفاء لان ماء السماء لقب به لصفائه وسخائه وان نسبه

الى عمه او خاله او الى زوج امه فليس بقاذف لان كل واحد يسمى ابا الاول لقوله تعالى واله ابائك ابراهيم واسمعيل

واسحق واسمعيل كان عماله والثانى لقوله عم الخال اب والثالث للتربية ومن قال

لغيره زنات فى الجبل وقال عنيت صعود الجبل حد وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله

وقال محمد رحمه الله لا يحد لان المهموز منه للصعود حقيقة قالت امراة من العرب وارق الى الخيرات

زنا فى الجبل وذكر الجبل يقرره مرادا ولهما انه يستعمل فى الفاحشة مهموزا ايضا لان

من العرب من يهمز الملين كما يلين المهموز وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادا

بمنزلة ما اذا قال يا زانى او قال زنات وذكر الجبل انما يعين الصعود مرادا اذا كان مقرونا

بكلمة على اذ هو المستعمل فيه ولو قال زنات على الجبل قيل لا يحد لما قلنا وقيل يحد للمعنى الذى ذكرناه

ومن قال لاخر يا زانى فقال لا بل انت فانهما يحدان لان معناه لا بل انت زان اذ هى كلمة

العطف يستدرك بها الغلط فيصير الخبر المذكور فى الاول مذكورا فيه ومن قال لامراته يا زانية

لان للمقذوف فيه حقا فيكذبه فى الرجوع بخلاف ما هو خالص حق الله تعالى لانه لا مكذب له فيه

فقالت لا بل انت حدت المرأة ولا لعان لانهما قاذفان وقذفه يوجب اللعان وقذفها
الحد وفي البداية بالحد ابطال اللعان لان المحدود في القذف ليس باهل له ولا ابطال
في عكسه اصلا فيحتال للدرء اذ اللعان في معنى الحد واذا قالت زنيت بك فلا حد ولا لعان
معناه قالت بعد ما قال لها يا زانية لوقوع الشك في كل واحد منهما لانه يحتمل انها ارادت
الزنا قبل النكاح فيجب الحد دون اللعان لتصديقها اياه وانعدامه منه ويحتمل انها ارادت
زناي ما كان معك بعد النكاح لاني ما مكنت احدا غيرك وهو المراد في مثل هذه الحالة
وعلى هذا الاعتبار يجب اللعان دون الحد لوجود القذف منه وعدمه منها فجاء ما قلنا ومن اقر
بولد ثم نفاه فانه يلاعن لان النسب لزمه باقراره وبالنفي بعده صار قاذفا فيلاعن فان
نفاه ثم اقر به حد لانه لما اكذب نفسه بطل اللعان لانه حد ضروري صير اليه ضرورة التكاذب
والاصل فيه حد القذف فاذا بطل التكاذب يصار الى الاصل والولد ولده في الوجهين لاقراره
به سابقا او لاحقا واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد فان قال ليس بابني ولا بابنك
فلا حد ولا لعان لانه انكر الولادة وبه لا يصير قاذفا ومن قذف امرأة ومعها اولاد لا يعرف
لهم اب او قذف الملاعنة بولد والولد حي او قذفها بعد موت الولد فلا حد عليه لقيام امارة الزنا
منها وهو ولادة ولد لا اب له ففاتت العفة نظرا اليها وهي شرط ولو قذف امرأة
لاعنت بغير ولد فعليه الحد لانعدام امارة الزنا قال ومن وطئ وطئا حراما في غير ملكه لم يحد
قاذفه لفوات العفة وهي شرط الاحصان ولان القاذف صادق والاصل فيه ان من وطئ
وطئا حراما لعينه لا يجب الحد بقذفه لان الزنا هو الوطي المحرم لعينه وان كان محرما لغيره يحد لانه ليس
بزنا فالوطي في غير الملك من كل وجه او من وجه حرام لعينه وكذا الوطي في الملك والحرمة مؤبدة
وان كانت الحرمة موقتة فالحرمة لغيره وابو حنيفة رح يشترط ان تكون الحرمة المؤبدة ثابتة
بالاجماع او بالحديث المشهور لتكون ثابتة من غير تردد وبيانه اذا قذف رجلا وطئ جارية
بينه وبين آخر فلا حد عليه لانعدام الملك ولهذا وجب من وجه وكذا اذا قذف امرأة زنت
في نصرانيتها لتحقق الزنا منها شرعا لانعدام الملك ولهذا وجب عليها الحد ولو قذف رجلا اتى امته
وهي مجوسية او امرأته وهي حائض او مكاتبة له فعليه الحد لان الحرمة مع قيام الملك وهي موقتة
فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنا وعن ابي يوسف رح ان وطي المكاتبة يسقط الاحصان وهو
قول زفر رح لان الملك زائل في حق الوطي ولهذا يلزمه العقر بالوطي ونحن نقول ملك الذات

فانه يلاعن لان النسب لزمه باقراره وبالنفي بعده صار قاذفا فيلاعن فان نفاه

باق

باق والحرمة لغيره اذ هي موقتة ولو قذف رجلا وطئ امته وهي اخته من الرضاعة لا يحد لان
الحرمة مؤبدة وهذا هو الصحيح ولو قذف مكاتبا مات وترك وفاء لا حد عليه لتمكن الشبهة في الحرية
لمكان اختلاف الصحابة رضي الله عنهم اجمعين ولو قذف مجوسيا تزوج بامه ثم اسلم يحد عند ابي حنيفة
وقالا لا حد عليه وهذا بناء على ان تزوج المجوسي بالمحارم له حكم الصحة فيما بينهم عنده خلافا لهما
وقد عرف في النكاح واذا دخل الحربي دارنا بامان فقذف مسلما حد لان فيه حق العبد وقد التزم ايفاء
حقوق العباد ولانه طمع في ان لا يؤذى فيكون ملتزما ان لا يؤذي وموجب اذاه الحد واذا حد المسلم
في قذف بطلت شهادته وان تاب وقال الشافعي رح تقبل اذا تاب وهي تعرف في الشهادات
واذا حد الكافر في قذف لم تجز شهادته على اهل الذمة لان له شهادة على جنسه فترد تتمة لحده فان
اسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين لان هذه شهادة استفادها بعد الاسلام فلم تدخل تحت
الرد بخلاف العبد اذا حد حد القذف ثم اعتق حيث لا تقبل شهادته لانه لا شهادة له اصلا
في حال الرق فكان رد شهادته بعد العتق من تمام حده وان ضرب سوطا في قذف ثم اسلم ثم ضرب
ما بقي جازت شهادته لان رد الشهادة متمم للحد فيكون صفة له والمقام بعد الاسلام بعض الحد
فلا يكون رد الشهادة صفة له وعن ابي يوسف رح انه ترد شهادته والاقل تابع للاكثر والاول
اصح قال ومن قذف او زنى او شرب غير مرة فحد فهو لذلك كله اما الاخيران فلان المقصود من
اقامة الحد حقا لله تعالى الانزجار واحتمال حصوله بالاول قائم فتتمكن شبهة فوات المقصود في الثاني
وهذا بخلاف ما اذا زنى وقذف وسرق وشرب لان المقصود من كل جنس غير المقصود من الآخر فلا
يتداخل واما القذف فالمغلب فيه عندنا حق الله تعالى فيكون ملحقا بهما وقال الشافعي رح ان اختلف
المقذوف او المقذوف به وهو الزنا لا يتداخل لان المغلب فيه حق العبد عنده فصل في التعزير ومن
قذف عبدا او امة او ام ولد او كافرا بالزنا عزر لانه جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد لفقد
الاحصان فوجب التعزير وكذا اذا قذف مسلما بغير الزنا فقال يا فاسق او يا كافر او يا خبيث
او يا سارق لانه آذاه والحق الشين به ولا مدخل للقياس في الحدود فوجب التعزير الا انه يبلغ
بالتعزير غايته في الجناية الاولى لانه من جنس ما يجب به الحد وفي الثانية الرأي الى الامام وان قال
يا حمار او يا خنزير لم يعزر لانه ما الحق به الشين للتيقن بنفيه وقيل في عرفنا يعزر لانه يعد سبا وقيل
ان كان المسبوب من الاشراف كالفقهاء والعلوية يعزر لانه يلحقهم الوحشة بذلك وان كان
من العامة لا يعزر وهذا احسن والتعزير تسعة وثلثون واقله ثلاث جلدات وقال ابو يوسف رح يبلغ

التعزير خمسة وسبعين سوطا والاصل فيه قوله عليه السلام من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين واذا
تعذر تبليغه حدا فابو حنيفة ومحمد رحمهما الله نظرا الى ادنى الحد وهو حد العبد في القذف فصرفاه اليه وذلك
اربعون سوطا فنقصا منه سوطا وابو يوسف رحمه الله اعتبر اقل الحد في الاحرار اذ الاصل هو الحرية ثم نقص سوطا
في رواية عنه وهو قول زفر رحمه الله وهو القياس وفي هذه الرواية نقص خمسة وهو ماثور عن علي رضي الله عنه
فقلده ثم قدر الادنى في الكتاب بثلاث جلدات لان ما دونها لا يقع به الزجر وذكر مشايخنا رحمهم الله تعالى
ان ادناه ما يراه الامام فيقدره بقدر ما يعلم انه ينزجر لانه يختلف باختلاف الناس وعن ابي يوسف رحمه الله انه على
قدر عظم الجرم وصغره وعنه انه يقرب كل نوع من بابه فيقرب اللمس والقبلة من حد الزنا والقذف بغير الزنا من حد القذف
قال وان رأى الامام ان يضم الى الضرب في التعزير الحبس فعل لانه صلح تعزيرا وقد ورد الشرع به في الجملة
حتى جاز ان يكتفى به فجاز ان يضم اليه ولهذا لم يشرع في التعزير بالتهمة قبل ثبوته كما شرع في الحد
لانه من التعزير قال واشد الضرب التعزير لانه جرى التخفيف فيه من حيث العدد فلا يخفف
من حيث الوصف كيلا يؤدي الى فوات المقصود ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الاعضاء
ثم حد الزنا لانه ثابت بالكتاب وحد الشرب ثبت بقول الصحابة رضوان الله تعالى
عليهم اجمعين ولانه اعظم جناية حتى شرع فيه الرجم ثم حد الشرب لان سببه متيقن به ثم حد
القذف لان سببه محتمل لاحتمال كونه صادقا ولانه جرى فيه التغليظ من حيث رد الشهادة
فلا يغلظ من حيث الوصف ومن حده الامام او عزره فمات فدمه هدر لانه فعل ما فعل
بامر الشرع وفعل المامور لا يتقيد بشرط السلامة كالفصاد والبزاغ بخلاف الزوج
اذا عزر زوجته لانه مطلق فيه والاطلاقات تتقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق وقال
الشافعي رحمه الله تجب الدية في بيت المال لان الاتلاف خطاء فيه اذ التعزير للتاديب غير انه تجب الدية
او التعزير غير انه تجب الدية في بيت المال لان نفع عمله يعود الى عامة المسلمين فيكون الغرم في مالهم قلنا
لما استوفى حق الله تعالى بامره صار كان الله اماته من غير واسطة فلا يجب الضمان

كتاب السرقة

قال رضي الله عنه السرقة في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية والاستسرار ومنه استراق السمع قال
الله تعالى الا من استرق السمع وقد زيدت عليه اوصاف في الشريعة على ما ياتيك بيانه ان شاء الله
والمعنى اللغوي مراعى فيها ابتداء وانتهاء او ابتداء لا غير كما اذا نقب الجدار على الاستسرار واخذ المال
من المالك مكابرة على الجهر وفي الكبرى اعني قطع الطريق مسارقة عين الامام لانه هو المتصدي
لحفظ الطريق باعوانه وفي الصغرى مسارقة عين المالك او من يقوم مقامه قال واذا سرق

العاقل البالغ عشرة دراهم او ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب القطع
والاصل فيه قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما الاية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ
لان الجناية لا تتحقق دونهما والقطع جزاء الجناية ولا بد من التقدير بالمال الخطير لان الرغبات تفتر في الحقير
وكذا اخذه لا يخفى فلا يتحقق ركنه ولا حكمة الزجر لانها فيما يغلب والتقدير بعشرة دراهم مذهبنا وعند الشافعي رحمه الله
تقديره بربع دينار وعند مالك رحمه الله بثلاثة دراهم لهما ان القطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان الا
في ثمن المجن واقل ما نقل في تقديره قيمته ثلاثة دراهم والاخذ بالاقل المتيقن به اولى غير ان الشافعي يقول كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
اثني عشر درهما والثلاثة ربعها ولنا ان الاخذ بالاكثر في هذا الباب اولى احتيالا لدرء الحد وهذا
لان في الاقل شبهة عدم الجناية وهي دارئة وقد تايد ذلك بقوله عليه السلام لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم
واسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفا فهذا يبين لك اشتراط المضروب كما قال في الكتاب وهو ظاهر
الرواية وهو الاصح رعاية لكمال الجناية حتى لو سرق عشرة تبرا قيمتها انقص من عشرة مضروبة لا يجب القطع
والمعتبر وزن سبعة لانه المتعارف في عامة البلاد وقوله او ما يبلغ قيمته عشرة دراهم اشارة الى ان
غير الدراهم تعتبر قيمته بها وان كان ذهبا ولا بد من حرز لا شبهة فيه لان الشبهة دارئة للحد وسنبينه
ان شاء الله تعالى قال والحر والعبد في القطع سواء لان النص لم يفصل ولان التنصيف متعذر
فيتكامل صيانة لاموال الناس ويجب القطع باقراره مرة واحدة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال ابو يوسف رحمه الله لا يقطع الا بالاقرار مرتين وروي عنه انهما في مجلسين مختلفين لانه احدى الحجتين
فيعتبر بالاخرى وهي البينة وكذلك اعتبرنا في الزنا ولهما ان السرقة ظهرت باقراره مرة فيكتفى به
كما في القصاص وحد القذف ولا اعتبار بالشهادة لان الزيادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب
ولا تفيد في الاقرار شيئا لانه لا تهمة وباب الرجوع في حق الحد لا ينسد بالتكرار والرجوع في
حق الاموال لا يصح اصلا لان صاحب المال يكذبه واشتراط الزيادة في الزنا بخلاف القياس
فيقتصر على مورد الشرع قال ويجب بشهادة شاهدين لتحقق الظهور كما في سائر الحقوق وينبغي
ان يسالهم الامام عن كيفية السرقة وماهيتها وزمانها ومكانها لزيادة الاحتياط كما في باب
الحدود ويحبسه الى ان يسال عن الشهود للتهمة واذا اشترك جماعة في سرقة فاصاب كل واحد منهم
عشرة دراهم قطع وان اصابه اقل لا يقطع لان الموجب سرقة النصاب ويجب على كل واحد منهم
بجنايته فيعتبر كمال النصاب في حقه

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

لا قطع فيما يوجد تافها مباحا
في دار الاسلام كالقصب والحشيش والحطب والسمك والطير والزرنيخ والمغرة والنورة والاصل

فيه حديث عائشة رض قالت كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله عم في الشيء التافه الحقير
وما يوجد جنسه مباحا في الاصل بصورته غير مرغوب فيه حقير تقل الرغبات فيه والطباع لا تضن به
فقل ما يوجد اخذه على كره من المالك فلا حاجة الى شرع الزاجر ولهذا لم يجب القطع بسرقة ما دون النصاب
ولان الحرز فيها ناقص الا يرى ان الخشب يلقى على الابواب وانما يدخل في الدار للعمارة لا للاحراز
والطير يطير والصيد يفر وكذا الشركة العامة التي كانت فيه وهو على تلك الصفة تورث الشبهة والحد
يندرئ بها ويدخل في السمك المالح والطري وفي الطير الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا ولاطلاق قوله عم
لا قطع في الطير وعن ابي يوسف رح انه يجب القطع في كل شيء الا الطين والتراب والسرقين وهو قول
الشافعي رح والحجة عليهما ما ذكرناه ولا قطع فيما يسارع اليه الفساد كاللبن واللحم والفواكه الرطبة لقوله عم
لا قطع في ثمر ولا كثر والكثر الجمار وقيل الودي وقال عم لا قطع في الطعام والمراد والله اعلم ما يتسارع
اليه الفساد كالمهيأ للاكل منه وما في معناه كاللحم والثمر لانه يقطع في الحنطة والسكر اجماعا وقال
الشافعي رح يقطع فيها لقوله عم لا قطع في ثمر ولا كثر فاذا آواه الجرين او الجران قطع قلنا اخرجه على وفاق
العادة والذي يؤويه الجرين في عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع قال ولا قطع في الفاكهة على الشجر
ولا قطع في الفاكهة والزرع الذي لم يحصد لعدم الاحراز ولا يقطع في الاشربة المطربة لان السارق
يتاول في تناولها الاراقة ولان بعضها ليس بمال وفي مالية بعضها اختلاف فيتحقق شبهة عدم المالية
قال ولا في الطنبور لانه من المعازف ولا في سرقة المصحف وان كان عليه حلية وقال الشافعي رحمه الله
يقطع لانه مال متقوم حتى يجوز بيعه وعن ابي يوسف رح مثله وعنه ايضا انه يقطع اذا بلغت
الحلية نصابا لانها ليست من المصحف فتعتبر بانفرادها ووجه الظاهر ان الآخذ يتاول في اخذه القراءة
والنظر فيه ولانه لا مالية له على اعتبار المكتوب واحرازه لاجله لا للجلد والاوراق والحلية وانما
هي توابع ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تربو على النصاب ولا يقطع في ابواب
المسجد لعدم الاحراز فصار كباب الدار بل اولى لانه يحرز بباب الدار ما فيها ولا يحرز بباب المسجد
ما فيه حتى لا يجب القطع بسرقة متاعه قال ولا الصليب من الذهب ولا الشطرنج ولا النرد لانه يتاول
من اخذها الكسر نهيا عن المنكر بخلاف الدرهم الذي عليه التمثال لانه ما اعد للعبادة فلا يثبت شبهة
اباحة الكسر وعن ابي يوسف رح انه ان كان الصليب في المصلى لا يقطع لعدم الحرز وان كان في بيت
آخر يقطع لكمال المالية والحرز ولا قطع على سارق الصبي الحر وان كان عليه حلي لان الحر ليس بمال وما عليه
من الحلي تبع له ولانه يتاول الصبي على سارق في اخذ الصبي اسكاته او حمله عليه حتى الى مرضعته وقال
ابو يوسف رح يقطع اذا كان عليه حلي هو نصاب لانه يجب القطع بسرقته وحده فعلى هذا مع غيره

الجرين الموضع الذي يلقى فيه التمر ليجف والجران باطن عنق البعير شبه به فيجعل فيه التمر

وعلى

فعلى هذا اذا سرق اناء فضة فيه نبيذ او ثريد والخلاف في صبي لا يمشي ولا يتكلم كيلا يكون في يد نفسه ولا قطع
في سرقة العبد الكبير لانه غصب او خداع ويقطع في سرقة العبد الصغير لتحققها بحدها الا اذا كان يعبر عن
نفسه لانه والبالغ سواء في اعتبار يده وقال ابو يوسف رح لا يقطع وان كان صغيرا لا يعقل ولا يتكلم
استحسانا لانه آدمي من وجه ولهما انه مال مطلق لكونه منتفعا به او بعرض ان يصير منتفعا به الا انه انضم
اليه معنى الآدمية ولا في الدفاتر كلها لان المقصود ما فيها وذلك ليس بمال الا في دفاتر الحساب لان ما فيها لا يقصد
بالاخذ فكان المقصود هو الكواغد قال ولا في سرقة كلب ولا فهد لان من جنسها يوجد مباح الاصل
غير مرغوب فيه ولان الاختلاف بين العلماء ظاهر في ماليته فاورث شبهة ولا قطع في دف ولا طبل ولا بربط
ولا مزمار لان عندهما لا قيمة لها وعند ابي حنيفة رح آخذها يتاول الكسر فيها ويقطع في الساج والقنا
والآبنوس والصندل لانها اموال محرزة لكونها عزيزة عند الناس ولا توجد بصورتها مباحة في دار الاسلام
ويقطع في الفصوص الخضر والياقوت والزبرجد لانها من اعز الاموال وانفسها ولا توجد مباحة الاصل
بصورتها في دار الاسلام غير مرغوب فيها فصارت كالذهب والفضة واذا اتخذ من الخشب اوان
وابواب قطع فيها لانه بالصنعة التحق بالاموال النفيسة الا يرى انها تحرز بخلاف الحصير لان الصنعة فيه
لم تغلب على الجنس حتى يبسط في غير الحرز وفي الحصر البغدادية قالوا يجب القطع بسرقتها لغلبة الصنعة على
الاصل وانما يجب القطع في غير المركب وانما يجب اذا كان خفيفا لا يثقل على الواحد حمله لان الثقيل
منه لا يرغب في سرقته ولا قطع على خائن ولا خائنة لقصور في الحرز ولا منتهب ولا مختلس لانه
يجاهر بفعله كيف وقد قال عليه السلام لا قطع على مختلس ولا منتهب ولا خائن ولا خائنة ولا قطع
على النباش وهذا عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف رح والشافعي عليه القطع لقوله عليه السلام
من نبش قطعناه ولانه مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه ولهما قوله عليه السلام لا قطع على المختفي
وهو النباش بلغة اهل المدينة ولان الشبهة تمكنت في الملك لانه لا ملك للميت حقيقة ولا للوارث
لتقدم حاجة الميت وقد تمكن الخلل في المقصود وهو الانزجار لان الجناية في نفسها نادرة الوجود
وما رواه غير مرفوع او هو محمول على السياسة وان كان القبر في بيت مقفل فهو على الخلاف
في الصحيح وكذا اذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت لما ذكرنا ولا يقطع السارق من بيت المال
لانه مال العامة وهو منهم ولا من مال للسارق فيه شركة لما قلنا ومن له على آخر دراهم فسرق منه
مثلها لم يقطع لانه استيفاء لحقه والحال والمؤجل فيه سواء لان التاجيل لتاخير المطالبة وكذا
اذا سرق زيادة على حقه لانه بمقداره حقه يصير شريكا فيه وان سرق منه عروضا قطع لانه ليس له ولاية

الاستيفاء منه الا تبعا بالتراضي وعن ابي يوسف رح انه لا يقطع لان له ان يأخذه عند بعض العلماء
قضاء من حقه او رهنا بحقه قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر فلا يعتبر بدون اتصال الدعوى
به حتى لو ادعى ذلك درئ عنه الحد لانه ظن في موضع الخلاف ولو كان حقه دراهم فسرق دنانير قيل يقطع
لانه ليس له حق الاخذ منه وقيل لا يقطع لان النقود جنس واحد ومن سرق عينا فقطع فيها فردها ثم عاد فسرقها
وهي بحالها لم يقطع والقياس ان يقطع وهو رواية عن ابي يوسف رح وهو قول الشافعي رح لقوله
عليه السلام فان عاد فاقطعوه من غير فصل ولان الثانية متكاملة كالاولى بل اقبح لتقدم الزاجر فصار كما اذا
باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة ولنا ان القطع اوجب سقوط العصمة في المحل على ما يعرف
من بعد ان شاء الله تعالى وبالرد الى المالك ان عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظرا الى اتحاد
الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه بخلاف ما ذكر لان الملك قد اختلف باختلاف سببه
ولان تكرار الجناية منه نادر لتحمله مشقة الزاجر فيعرى الاقامة عن المقصود وهو تقليل الجناية فصار كما اذا
قذف المحدود في القذف المقذوف الاول قال فان تغيرت عن حالها مثل ان يكون غزلا
فسرقه فقطع فرده ثم نسج فعاد فسرقه قطع لان العين قد تبدلت ولهذا يملكه الغاصب به وهذا علامة
التبدل في كل محل واذا تبدل انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع فيه فوجب
القطع فيه ثانيا والله اعلم فصل في الحرز والاخذ منه ومن سرق من ابويه او ولده
او ذي رحم محرم منه لم يقطع فالاول للبسوطة في المال وفي الدخول في الحرز والثاني
للمعنى الثاني ولهذا اباح الشرع النظر الى مواضع الزينة الظاهرة فيها بخلاف الصديق لانه قد
عاداه بالسرقة وفي الثاني خلاف الشافعي رح لانه الحقها بالقرابة البعيدة وقد بيناه في العتاق
ولو سرق من بيت ذي رحم المحرم متاع غيره ينبغي ان لا يقطع ولو سرق ماله من بيت غيره يقطع اعتبارا
للحرز وعدمه وان سرق من امه من الرضاع قطع وعن ابي يوسف رح انه لا يقطع لانه يدخل
عليها من غير استيذان وحشمة بخلاف الاخت من الرضاع لانعدام هذا المعنى فيها عادة وجه
الظاهر انه لا قرابة والمحرمية بدونها لا تحترم كما اذا ثبت بالزنا والتقبيل عن شهوة واقرب
الاخت من الرضاعة وهذا لان الرضاع قلما يشتهر فلا انبساط تحرزا عن موقف التهمة
بخلاف النسب واذا سرق احد الزوجين من الآخر او العبد من سيده او من امراة سيده
او من زوج سيدته لم يقطع لوجود الاذن في الدخول عادة وان سرق احد الزوجين من
حرز الآخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك لا يقطع عندنا خلافا للشافعي رح للبسوطة بينهما

في الاموال

في الاموال عادة ودلالة وهو نظير الخلاف في الشهادة ولو سرق المولى من مكاتبه لم يقطع
لان له في اكسابه حقا وكذلك السارق من المغنم لان له فيه نصيبا وهو ماثور عن علي رضه درءا
وتعليلا قال والحرز على نوعين حرز لمعنى فيه كالدور والبيوت وحرز بالحافظ قال رضي الله عنه
الحرز لا بد منه لان الاستسرار لا يتحقق دونه ثم هو قد يكون بالمكان وهو المكان المعد لاحراز
الامتعة كالدور والبيوت والحانوت والصندوق وقد يكون بالحافظ كمن جلس في الطريق
او في المسجد وعنده متاعه فهو محرز به وقد قطع رسول الله صلعم من سرق رداء صفوان من تحت
رأسه وهو نائم في المسجد وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ هو الصحيح لانه محرز
بدونه وهو البيت وان لم يكن له باب او كان وهو مفتوح حتى يقطع السارق منه لان
البناء لقصد الاحراز الا انه لا يجب القطع الا بالاخراج لقيام يده قبله بخلاف المحرز بالحافظ
حيث يجب القطع فيه كما اخذ لزوال يد المالك بمجرد الاخذ فتتم السرقة ولا فرق بين ان يكون
الحافظ مستيقظا او نائما والمتاع تحته او عنده هو الصحيح لانه يعد النائم عند متاعه
حافظا له في العادة ولهذا لا يضمن المودع والمستعير بمثله لانه ليس بتضييع بخلاف ما اختاره
في الفتاوى قال ومن سرق شيئا من حرز او من غير حرز وصاحبه عنده يحفظه قطع لانه سرق
مالا محرزا باحد الحرزين ولا قطع على من سرق من حمام او من بيت اذن للناس في دخوله لوجود الاذن
عادة او حقيقة في الدخول فاختل الحرز ويدخل في ذلك حوانيت التجار والخانات الا اذا سرق
منها ليلا لانها بنيت لاحراز المال وانما الاذن يختص بالنهار ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبه
عنده قطع لانه محرز بالحافظ لان المسجد ما بني لاحراز الاموال فلم يكن المال محرزا بالمكان بخلاف
الحمام والبيت الذي اذن للناس في دخوله حيث لا يقطع لانه بني للاحراز فكان المكان حرزا فلا يعتبر الحافظ
ولا قطع على الضيف اذا سرق ممن اضافه لان البيت لم يبق حرزا في حقه لكونه ماذونا في دخوله
ولانه بمنزلة اهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع لان
الدار كلها حرز واحد فلا بد من الاخراج منها لان الدار وما فيها في يد صاحبها معنى فتتمكن
شبهة عدم الاخذ وان كان دار فيها مقاصير فاخرجها من مقصورة الى صحن الدار
قطع لان كل مقصورة باعتبار ساكنها حرز على حدة وان اغار انسان من اهل المقاصير
على مقصورة فسرق منها قطع لما بينا واذا نقب اللص البيت فدخل فاخذ المال وناوله
آخر خارج البيت فلا قطع عليهما لان الاول منه الاخراج لاعتراض يد معتبرة على المال قبل خروجه

والثاني لم يوجد منه هتك الحرز فلم تتم السرقة من كل واحد وعن ابي يوسف رح ان اخرج الداخل يده
وناولها الخارج فالقطع على الداخل وان ادخل الخارج يده فتناولها من يد الداخل فعليهما القطع وهي بناء
على مسئلة تأتي بعد هذه ان شاء الله تعالى فان القاه في الطريق ثم خرج فاخذه قطع وقال زفر رح
لا يقطع لان الالقاء غير موجب للقطع كما لو خرج ولم يأخذ وكذا الاخذ من السكة كما لو اخذه
غيره ولنا ان الرمي حيلة يعتاده السراق لتعذر الخروج مع المتاع او ليتفرغ لقتال صاحب الدار
او للفرار ولم يعترض عليه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا واذا خرج ولم يأخذه فهو مضيع لا سارق
قال وكذلك ان حمله على حمار فساقه واخرجه لان سيره مضاف اليه لسوقه واذا دخل الحرز
جماعة فتولى بعضهم الاخذ قطعوا جميعا قال رضي الله عنه هذا استحسان والقياس ان يقطع الحامل وحده
وهو قول زفر رح لان الاخراج منه تمت السرقة به ولنا ان الاخراج من الكل معنى للمعاونة كما
في السرقة الكبرى وهذا لان المعتاد فيما بينهم ان يحمل البعض المتاع ويتشمر الباقون للدفع فلو
امتنع ادى الى سد باب الحدود ومن نقب البيت وادخل يده فيه واخذ شيئا
لم يقطع وعن ابي يوسف رح في الاملاء انه يقطع لانه اخرج المال من الحرز وهو المقصود فلا يشترط الدخول فيه
كما اذا ادخل يده في صندوق الصيرفي واخرج الغطريفي ولنا ان هتك الحرز يشترط
فيه الكمال تحرزا عن شبهة العدم والكمال في الدخول وقد امكن اعتباره والدخول هو المعتاد بخلاف
الصندوق لان الممكن فيه ادخال اليد دون الدخول وبخلاف ما تقدم من حمل بعض القوم
المتاع لان ذلك هو المعتاد وان طر صرة خارجة من الكم لم يقطع وان ادخل يده في الكم قطع
لان في الوجه الاول الرباط من خارج فبالطر يتحقق الاخذ من الظاهر فلم يوجد هتك الحرز
وفي الثاني الرباط من داخل فبالطر يتحقق الاخذ من الحرز وهو الكم ولو كان مكان الطر
حل الرباط ثم الاخذ في الوجهين ينعكس الجواب لانعكاس العلة وعن ابي يوسف انه يقطع
على كل حال لانه محرز اما بالكم او بصاحبه قلنا الحرز هو الكم لانه يعتمده وانما قصده قطع المسافة
او الاستراحة فاشبه الجوالق وان سرق من القطار بعيرا او حملا لم يقطع لانه ليس بحرز مقصود فيتمكن
شبهة العدم وهذا لان السائق والقائد والراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الامتعة دون
الحفظ حتى لو كان مع الاحمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع وان شق الجوالق فاخذ منه قطع لان الجوالق
في مثل هذا حرز لانه يقصد بوضع الامتعة فيه صيانتها كالكم فوجد الاخذ من الحرز فيقطع وان
سرق جوالقا فيه متاع وصاحبه يحفظه او نائم عليه قطع معناه اذا كان الجوالق في موضع هو ليس بحرز كالطريق

ونحوه

ونحوه حتى يكون محرزا بصاحبه لكونه مترصدا لحفظه وهذا لان المعتبر هو الحفظ المعتاد والجلوس عنده والنوم
بقربه منه على ما اخترناه من قبل وذكر في بعض النسخ وصاحبه نائم عليه او حيث يكون حافظا له وهذا يؤكد
ما قدمناه من القول المختار

فصل في كيفية القطع واثباته قال ويقطع يمين السارق
من الزند ويحسم فالقطع لما تلونا من قبل واليمين بقراءة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ومن الزند
لان الاسم يتناول اليد الى الابط وهذا المفصل اعني الرسغ متيقن به كيف وقد صح ان النبي عم
امر بقطع يد السارق من الزند والحسم لقوله عم فاقطعوه واحسموه ولانه لو لم يحسم يفضي الى التلف
والحد زاجر لا متلف وان سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى فان سرق ثالثا لم يقطع وخلد
في السجن حتى يتوب وهذا استحسان ويعزر ايضا ذكره المشايخ وقال الشافعي رح في الثالثة
يقطع يده اليسرى وفي الرابعة يقطع رجله اليمنى لقوله عم من سرق فاقطعوه فان عاد فاقطعوه
فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه ويروى مفسرا كما هو مذهبه ولان الثالثة مثل الاولى في كونها
جناية بل فوقها فتكون ادعى الى شرع الحد ولنا قول علي رضي الله عنه اني لاستحيي من الله ان لا
ادع له يدا يأكل بها ويستنجي بها ورجلا يمشي عليها وبهذا حاج بقية الصحابة فحجهم
فانعقد اجماعا ولانه اهلاك معنى لما فيه من تفويت جنس المنفعة والحد زاجر ولانه نادر الوجود
والزجر فيما يغلب بخلاف القصاص لانه حق العبد فيستوفى ما امكن جبرا لحقه والحديث طعن
فيه الطحاوي او نحمله على السياسة قال وان كان السارق اشل اليد اليسرى او اقطع او
مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع لان فيه تفويت جنس المنفعة بطشا او مشيا وكذا اذا كانت
رجله اليمنى شلاء لما قلنا وكذا اذا كانت ابهامه اليسرى مقطوعة او شلاء او الاصبعان
منها سوى الابهام لان قوام البطش بالابهام فان كانت اصبع واحدة سوى الابهام
مقطوعة او شلاء قطع لان فوت الواحدة لا يوجب خللا ظاهرا في البطش بخلاف فوت
الاصبعين لانهما تنزلان منزلة الابهام في نقصان البطش قال واذا قال الحاكم للحداد
اقطع يمين هذا في سرقة سرقها فقطع يساره عمدا او خطأ فلا شيء عليه عند ابي حنيفة رح وقالا لا
شيء عليه في الخطأ ويضمن في العمد وقال زفر يضمن في الخطأ ايضا وهو القياس والمراد هو الخطأ
في الاجتهاد واما الخطأ في معرفة اليمين واليسار لا يجعل عفوا وقيل يجعل عذرا ايضا له انه
قطع يدا معصومة والخطأ في حق العباد غير موضوع فيضمنها قلنا انه اخطأ في اجتهاده
اذ ليس في النص تعيين اليمين والخطأ في الاجتهاد موضوع ولهما انه قطع طرفا معصوما بغير حق

عليه يعد حفظا عادة وكذا النوم م

في الدخول م

ولا تأويل له لانه تعمد الظلم فلا يعفى وان كان في المجتهدات كان ينبغي ان يجب القصاص الا انه
امتنع للشبهة ولابي حنيفة رحمه الله انه تلف واخلف في حقه ما هو خير منه فلا يعد اتلافا كمن
شهد على غيره ببيع ماله بمثل قيمته ثم رجع وعلى هذا لو قطعه اجنبي الحداد لا يضمن ايضا هو الصحيح
قال ولو اخرج السارق يساره وقال هذه يميني لا يضمن بالاتفاق لانه قطعه بامره
ثم في العمد عنده عليه ضمان المال لانه لم يقع حدا وفي الخطأ كذلك على هذه الطريقة وعلى طريقة الاجتهاد
لا يضمن قال ولا يقطع السارق الا ان يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقة لان الخصومة شرط
لظهورها ولا فرق بين الشهادة والاقرار عندنا خلافا للشافعي في الاقرار لان الجناية لا تظهر
الا بخصومة منه وكذا اذا غاب عند القطع عندنا لان الاستيفاء من القضاء في باب الحدود
قال وللمستودع والغاصب وصاحب الربا ان يقطعوا السارق منهم ولرب الوديعة
ان يقطعه ايضا وكذا المغصوب منه وقال زفر والشافعي رح لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع
وعلى هذا الخلاف المستعير والمستاجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء
والمرتهن وكل من له يد حافظة سوى المالك ويقطع بخصومة المالك في السرقة من هؤلاء الا ان
الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن قبل قضاء الدين او بعده لانه لا حق له في المطالبة بالعين
بدونه والشافعي بناه على اصله ان لا خصومة لهؤلاء في الاسترداد عنده وزفر يقول ولاية
الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ فلا تظهر في حق القطع لان فيه تفويت الصيانة ولنا
ان السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة
معتبرة مطلقا اذ الاعتبار لحاجتهم الى الاسترداد فيستوفي القطع والمقصود من الخصومة احياء حقه
وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء فلم يعتبر ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض كما اذا حضر المالك
وغاب المؤتمن فانه يقطع بخصومته في ظاهر الرواية وان كانت شبهة الاذن في دخول الحرز
ثابتة قال وان قطع سارق بسرقة فسرقت منه لم يكن له ولا لرب السرقة ان يقطع السارق
الثاني لان المال غير متقوم في حق السارق حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك فلم تنعقد موجبة في نفسها
وللاول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته اذ الرد واجب عليه ولو سرق الثاني قبل ان يقطع
الاول او بعد ما درئ القطع بشبهة يقطع بخصومة الاول لان سقوط التقوم ضرورة القطع
ولم يوجد فصار كالغاصب قال ومن سرق سرقة فردها على المالك قبل الارتفاع الى
الحاكم لم يقطع وعن ابي يوسف رح انه يقطع اعتبارا بما اذا رده بعد المرافعة وجه الظاهر ان

على ملك الغير م

الخصومة

الخصومة شرط لظهور السرقة لان البينة انما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة وقد انقطعت الخصومة
بخلاف ما بعد المرافعة لانتهاء الخصومة لحصول مقصودها فتبقى تقديرا قال واذا قضي على رجل بالقطع
في سرقة فوهبت له لم يقطع معناه اذا سلمت وكذا اذا باعها المالك اياه وقال زفر والشافعي رح
يقطع وهو رواية عن ابي يوسف رح لان السرقة قد تمت انعقادا وظهورا وبهذا العارض لا تتبين
قيام الملك وقت السرقة فلا شبهة ولنا ان الامضاء من القضاء في هذا الباب لوقوع الاستغناء
عنه بالاستيفاء اذ القضاء للاظهار والقطع حق الله تعالى وهو ظاهر عنده واذا كان كذلك
يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء وصار كما اذا ملكها منه قبل القضاء قال وكذلك اذا نقصت
قيمتها من النصاب قبل الاستيفاء بعد القضاء وعن محمد رح انه يقطع وهو قول زفر والشافعي رح اعتبارا
بالنقصان في العين ولنا ان كمال النصاب لما كان شرطا يشترط قيامه عند الامضاء لما ذكرنا
بخلاف النقصان في العين لانه مضمون عليه فكمل النصاب عينا ودينا كما اذا استهلكه كله اما نقصان
السعر غير مضمون فافترقا واذا ادعى السارق ان العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وان لم يقم بينة
معناه بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة وقال الشافعي رح لا يسقط بمجرد الدعوى لانه لا يعجز عنه
سارق فيؤدي الى سد باب الحد ولنا ان الشبهة دارئة فتتحقق بمجرد الدعوى للاحتمال ولا
معتبر بما قاله بدليل صحة الرجوع بعد الاقرار قال واذا اقر رجلان بسرقة ثم قال احدهما هو مالي
لم يقطعا لان الرجوع عامل في حق الراجع ومورث للشبهة في حق الاخر لان السرقة تثبت
باقرارهما على الشركة فان سرقا ثم غاب احدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الاخر في قول
ابي حنيفة الاخر وهو قولهما وكان اولا يقول لا يقطع لانه لو حضر ربما يدعي الشبهة وجه قوله الاخر ان الغيبة
تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى معدوما والمعدوم لا يورث الشبهة ولا معتبر بتوهم حدوث
الشبهة على ما مر قال واذا اقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها فانه يقطع وترد
السرقة الى المسروق منه وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح يقطع والعشرة للمولى وقال
محمد رح لا يقطع والعشرة للمولى وهو قول زفر رح ومعناه اذا كذبه المولى ولو اقر بسرقة مال
مستهلك قطعت يده ولو كان العبد ماذونا له يقطع في الوجهين وقال زفر رح لا يقطع في
الوجوه كلها لان الاصل عنده ان اقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لا يصح لانه يرد
على نفسه وطرفه وكل ذلك مال المولى والاقرار على الغير غير مقبول الا ان الماذون له يؤاخذ
بالضمان والمال لصحة اقراره به لكونه مسلطا عليه من جهته والمحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ايضا

ونحن نقول يصح اقراره من حيث انه ادمي ثم يتعدى الى المالية فيصح من حيث انه مال ولانه
لا تهمة في هذا الاقرار لما يشتمل عليه من الاضرار ومثله مقبول على الغير كما في المحجور عليه ان اقراره بالمال
باطل ولهذا لا يصح منه الاقرار بالغصب فيبقى مال المولى ولا قطع على العبد في سرقته يؤيده ان
المال اصل فيها والقطع تابع حتى تسمع الخصومة فيه بدون القطع ويثبت المال دونه وفي عكسه لا تسمع
ولا يثبت واذا بطل فيما هو الاصل بطل في التبع بخلاف المأذون لان اقراره بالمال الذي
في يده صحيح فيصح في حق القطع تبعا ولابي يوسف رح انه اقر بشيئين بالقطع وهو على نفسه
فيصح على ما ذكرناه وبالمال وهو على المولى ولا يصح في حقه فيه والقطع يستحق بدونه كما اذا
قال الحر الثوب الذي في يد زيد سرقته من عمرو وزيد يقول هو ثوبي يقطع يد المقر وان كان
لا يصدق في تعيين الثوب حتى لا يؤخذ من زيد ولابي حنيفة رح ان الاقرار بالقطع قد صح منه
لما بينا فيصح بالمال بناء عليه لان الاقرار يلاقي حالة البقاء والمال في حالة البقاء تابع للقطع
حتى تسقط عصمة المال باعتباره ويستوفى القطع بعد استهلاكه بخلاف مسئلة الحر لان القطع يجب بالسرقة من المودع
اما لا يجب بسرقة العبد مال المولى فافترقا ولو صدقه المولى يقطع في الفصول كلها لزوال المانع قال واذا
قطع السارق والعين قائمة في يده ردت الى صاحبها لبقائها على ملكه وان كانت مستهلكة لم يضمن وهذا الاطلاق
يشمل الهلاك والاستهلاك وهو رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة رح وهو المشهور وروى الحسن عنه انه يجب
في الاستهلاك وقال الشافعي رح يضمن فيهما لانهما حقان قد اختلف سبباهما فلا يتمانعان فالقطع حق الشرع
وسببه ترك الانتهاء عما نهي عنه والضمان حق العبد وسببه اخذ المال فصار كاستهلاك
صيد مملوك في الحرم او شرب خمر مملوكة للذمي ولنا قوله عم لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه
ولان وجوب الضمان ينافي القطع لانه يتملكه باداء الضمان مستندا الى وقت الاخذ فتبين
انه ورد على ملكه فينتفي القطع وما يؤدي الى انتفائه فهو المنتفي ولان المحل لا يبقى معصوما حقا
للعبد اذ لو بقي لكان مباحا في نفسه فينتفي القطع للشبهة فيصير محرما حقا للشرع كالميتة
ولا ضمان فيه الا ان العصمة لا تظهر سقوطها في حق الاستهلاك لانه فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة
في حقه وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب دون غيره ووجه المشهور ان الاستهلاك اتمام
المقصود فتعتبر الشبهة فيه وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان لانه من ضرورات سقوطها
في حق الهلاك لانتفاء المماثلة قال ومن سرق سرقات فقطع في احدها فهو لجميعها ولا يضمن
شيئا عند ابي حنيفة رح وقالا يضمن كلها الا التي قطع لها ومعنى المسئلة اذا حضر احدهم فان

فان حضروا

فان حضروا جميعا فقطعت يده لخصومتهم لا يضمن شيئا بالاتفاق في السرقات كلها لهما ان الحاضر
ليس بنائب عن الغائب ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة فلم تظهر السرقة من الغائب ولم يقع القطع لها
فبقيت اموالهم معصومة وله ان الواجب بالكل قطع واحد حقا لله تعالى لان مبنى الحدود على التداخل
والخصومة شرط الظهور عند القاضي فاذا استوفي فالمستوفى كل الواجب الا ترى انه يرجع نفعه
الى الكل فيقع عن الكل وعلى هذا الخلاف اذا كانت النصب كلها لواحد فخاصم في البعض باب
ما يحدث السارق في السرقة قال ومن سرق ثوبا فشقه في الدار بنصفين ثم اخرجه وهو يساوي
عشرة دراهم قطع وعن ابي يوسف رح انه لا يقطع لان له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش
فانه يوجب القيمة وتملك المضمون وصار كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه خيار للبايع ولهما ان الاخذ
وضع سببا للضمان لا للملك وانما الملك يثبت ضرورة اداء الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك
واحد ومثله لا يورث الشبهة كنفس الاخذ وكما اذا سرق البايع معيبا باعه بخلاف ما ذكر لان
البيع موضوع لافادة الملك وهذا الخلاف فيما اذا اختار صاحب المال تضمين النقصان واخذ الثوب فان
اختار تضمين القيمة وترك الثوب لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما
اذا ملكه بالهبة فاورث شبهة وهذا كله اذا كان النقصان فاحشا فان كان يسيرا يقطع بالاتفاق
لانعدام سبب الملك اذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة فان سرق شاة فذبحها ثم اخرجها لم يقطع
لان السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه ومن سرق ذهبا او فضة يجب فيه القطع فصنعه دنانير
او دراهم قطع فيه وترد الدراهم والدنانير الى المسروق منه وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا سبيل
للمسروق منه عليها واصله في الغصب فهذه صنعة متقومة عندهما خلافا له ثم وجوب الحد لا يشكل
على قوله لانه لم يملكه وقيل على قولهما لا يجب لانه ملكه قبل القطع وقيل يجب لانه صار بالصنعة شيئا
آخر فلم يملك عينه فان سرق ثوبا فصبغه احمر لم يؤخذ منه الثوب ولم يضمن وهذا عند ابي حنيفة رح
وابي يوسف رح وقال محمد رح يؤخذ منه الثوب ويعطى ما زاد الصبغ فيه اعتبارا بالغصب والجامع
كون الثوب اصلا قائما وكون الصبغ تابعا له ولهما ان الصبغ قائم صورة ومعنى حتى لو اراد
اخذه مصبوغا يضمن ما زاد الصبغ فيه وحق المالك في الثوب قائم صورة لا معنى الا ترى انه غير مضمون
على السارق بالهلاك فرجحنا جانب السارق بخلاف الغصب لان حق كل واحد قائم صورة ومعنى فاستويا
من هذا الوجه فرجحنا جانب المالك بما ذكرنا وان صبغه اسود اخذ منه في المذهبين يعني عند ابي حنيفة
ومحمد رح وقال ابو يوسف رح هذا والاول سواء لان السواد زيادة عنده كالحمرة وعند محمد رح

الاحمر

زيادة ايضا كالحرة وكذا حق المالك وعند ابي حنيفة رحمه الله السواد نقصان فلا يوجب انقطاع
حق المالك والله اعلم

باب قطع الطريق

واذا خرج جماعة ممتنعين او واحد يقدر على الامتناع
وقصدوا قطع الطريق فاخذوا قبل ان ياخذوا مالا ولا يقتلوا نفسا حبسهم الامام حتى يحدثوا
توبة وان اخذوا مال مسلم او ذمي والماخوذ اذا قسم على جماعتهم اصاب كل واحد منهم عشرة
دراهم فصاعدا او ما يبلغ قيمته ذلك قطع الامام ايديهم وارجلهم من خلاف وان قتلوا ولم ياخذوا
مالا قتلهم حدا والاصل فيه قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الآية والمراد منه والله اعلم التوزيع
على الاحوال وهي اربعة هذه الثلاثة المذكورة والرابعة نذكرها ان شاء الله تعالى ولان الجنايات
تتفاوت على الاحوال فاللائق تغلظ الحكم بتغلظها اما الحبس في الاولى فلانه المراد بالنفي المذكور
لانه نفي عن وجه الارض لدفع شرهم عن اهلها ويعزرون ايضا لمباشرتهم منكر الاخافة وشرط
القدرة على الامتناع لان المحاربة لا تتحقق الا بالمنعة والحالة الثانية كما بيناها لما تلوناه وشرطنا
ان يكون الماخوذ مال مسلم او ذمي لتكون العصمة مؤبدة ولهذا لو قطع الطريق على المستامن لا يجب
القطع وشرط كمال النصاب في حق كل واحد كيلا يستباح طرفه الا بتناوله ما له خطر والمراد
قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى كيلا يؤدي الى تفويت جنس المنفعة والحالة الثالثة كما بيناها لما تلوناه
ويقتلون حدا حتى لو عفا الاولياء عنهم لم يلتفت الى عفوهم لانه حق الشرع والرابعة اذا قتلوا واخذوا
المال فالامام بالخيار ان شاء قطع ايديهم وارجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم وان شاء قتلهم
وان شاء صلبهم وقال محمد رحمه الله يقتل او يصلب ولا يقطع لانه جناية واحدة فلا يوجب حدين
ولان ما دون النفس يدخل في النفس في باب الحد كحد الرجم والسرقة ولهما ان هذه عقوبة
واحدة تغلظت لتغلظ سببها وهو تفويت الامن على التناهي بالقتل واخذ المال ولهذا
كان قطع اليد والرجل معا في الكبرى حدا واحدا وان كانا في الصغرى حدين والتداخل في الحدود
لا في حد واحد ثم ذكر في الكتاب التخيير بين الصلب وتركه وهو ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله
انه لا يتركه لانه منصوص عليه والمقصود التشهير ليعتبر به غيره ونحن نقول اصل التشهير بالقتل والمبالغة
في الصلب فيتخير فيه ثم قال ويصلب حيا ويبعج بطنه برمح الى ان يموت ومثله عن الكرخي رحمه الله
وعن الطحاوي انه يقتل ثم يصلب توقيا عن المثلة وجه الاول وهو الاصح ان الصلب على هذا
الوجه ابلغ في الردع وهو المقصود به قال رضي الله عنه ولا يصلب اكثر من ثلثة ايام لانه
يتغير بعدها فيتاذى الناس به وعن ابي يوسف رحمه الله انه يترك على خشبته حتى يتقطع فيسقط

ليعتبر

ليعتبر به غيره قلنا حصل الاعتبار بما ذكرناه والنهاية غير مطلوبة قال واذا قتل القاطع
فلا ضمان عليه في مال اخذه اعتبارا بالسرقة الصغرى وقد بيناه وان باشر القتل احدهم
اجري الحد عليهم باجمعهم لانه جزاء المحاربة وهي تتحقق بان يكون البعض ردءا للبعض حتى اذا زلت
اقدامهم انحازوا اليهم وانما الشرط القتل من واحد منهم وقد تحقق قال والقتل بعصا
او بحجر او بسيف فهو سواء لانه يقع قطعا للطريق بقطع المارة وان لم يقتل القاطع
ولم ياخذ مالا وقد جرح اقتص منه فيما فيه القصاص واخذ الارش منه فيما فيه الارش وذلك
الى الاولياء لانه لا حد في هذه الجناية فظهر حق العبد وهو ما ذكرناه فيستوفيه الولي وان
اخذ مالا ثم جرح قطعت يده ورجله وبطلت الجراحات لانه لما وجب الحد حقا لله تعالى
سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما تسقط عصمة المال وان اخذ بعد ما تاب وقد قتل عمدا فان شاء
الاولياء قتلوه وان شاؤا عفوا عنه لان الحد في هذه الجناية لا يقام بعد التوبة للاستثناء
المذكور في النص او لان التوبة تتوقف على رد المال ولا قطع في مثله فظهر حق العبد في النفس
والمال حتى يستوفي الولي القصاص او يعفو ويجب الضمان اذا هلك في يده او استهلكه وان
كان في القطاع صبي او مجنون او ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين والمذكور في الصبي والمجنون
قول ابي حنيفة وزفر رحمهما الله وعن ابي يوسف انه لو باشر العقلاء يحد الباقون وعلى هذا السرقة الصغرى
له ان المباشر اصل والردء تابع ولا خلل في مباشرة العاقل ولا اعتبار بالخلل في التبعة وفي عكسه ينعكس
المعنى والحكم ولهما انه جناية صادرة واحدة قامت بالكل فاذا لم يقع فعل بعضهم موجبا كان فعل
الباقين بعض العلة وبه لا يثبت الحكم فصار كالخاطئ مع العامد واما ذو رحم محرم فقد قيل تاويله اذا
كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم والاصح انه مطلق لان الجناية واحدة على ما ذكرناه فالامتناع في حق البعض
يوجب الامتناع في حق الباقين بخلاف ما اذا كان فيهم مستامن لان الامتناع في حقه لخلل في العصمة
وهو يخصه واما ههنا الامتناع لخلل في الحرز والقافلة حرز واحد واذا سقط الحد صار القتل الى الاولياء
لظهور حق العبد على ما ذكرناه فان شاؤا قتلوا وان شاؤا عفوا واذا قطع بعض القافلة الطريق
على البعض لم يجب الحد لان الحرز واحد فصارت القافلة كدار واحدة ومن قطع الطريق ليلا او نهارا
في المصر او بين الكوفة والحيرة فليس بقاطع الطريق استحسانا وفي القياس يكون قاطع الطريق وهو
قول الشافعي رحمه الله لوجوده حقيقة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجب اذا كان خارج المصر وان كان بقربه لانه
لا يلحقه الغوث وعنه لو قاتلوا بالسلاح نهارا او ليلا به او بالخشب فهم قطاع الطريق لان السلاح

لا يلبث والغوث يبطىء بالليل ونحن نقول ان قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصر
ويقرب منه لان الظاهر لحوق الغوث الا انهم يؤخذون برد المال ايصالا للحق الى المستحق ويؤدبون
ويحبسون لارتكابهم الجناية ولو قتلوا فالامر فيه الى الاولياء لما بينا ومن خنق رجلا حتى قتله فالدية
على عاقلته عند ابي حنيفة رح وهي مسئلة القتل بالمثقل وستبين في الديات ان شاء الله تعالى وان
خنق في المصر غير مرة قتل به لانه صار ساعيا في الارض بالفساد فيدفع شره بالقتل

كتاب السير

السير جمع سيرة وهي الطريقة في الامور وفي الشرع تختص بسير النبي صلى الله عليه وسلم في مغازيه قال والجهاد فرض
على الكفاية اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين اما الفرضية فلقوله تعالى اقتلوا المشركين ولقوله عم
الجهاد ماض الى يوم القيمة اراد به فرضا باقيا وهو فرض على الكفاية لانه ما فرض لعينه اذ هو افساد
في نفسه وانما فرض لاعزاز دين الله عز وجل ودفع الشر عن العباد فاذا حصل المقصود بالبعض سقط
عن الباقين كصلوة الجنازة ورد السلام وان لم يقم به احد اثم جميع الناس بتركه لان الوجوب على
الكل ولان في اشتغال الكل به قطع مادة الجهاد من الكراع والسلاح فيجب على الكفاية الا ان
يكون النفير عاما فحينئذ يصير من فروض الاعيان لقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا وقال في الجامع
الصغير والجهاد واجب الا ان المسلمين في سعة حتى يحتاج اليهم فاول هذا الكلام اشارة الى الوجوب
على الكفاية وآخره الى النفير العام وهذا لان المقصود عند ذلك لا يتحصل الا باقامة الكل فيفترض
على الكل قال وقتال الكفار واجب وان لم يبدؤا للعمومات ولا يجب الجهاد على الصبي لان
الصبا مظنة المرحمة ولا عبد ولا امرأة لتقدم حق المولى والزوج ولا على اعمى ولا مقعد ولا اقطع
لعجزهم وان هجم العدو على بلد وجب على جميع الناس الدفع تخرج المرأة بغير اذن زوجها والعبد
بغير اذن المولى لانه صار فرض عين وملك اليمين ورق النكاح لا يظهر في حق فروض الاعيان
كما في الصلوة والصوم بخلاف ما قبل النفير لان بغيرهما مقنعا فلا ضرورة الى ابطال حق المولى
والزوج قال ويكره الجعل على القتال ما دام للمسلمين فيء لانه يشبه الاجر ولا ضرورة اليه
لان مال بيت المال معد لنوائب المسلمين قال فاذا لم يكن فلا بأس بان يقوي بعضهم بعضا
لان فيه دفع الضرر الاعلى بالحاق الادنى ويؤيده ان النبي عم اخذ دروعا من صفوان وعمر
رضي الله عنه كان يغزي الاعزب عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص فرس القاعد

باب كيفية القتال

واذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة او حصنا دعوهم الى الاسلام لما روى ابن عباس
رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم ما قاتل قوما حتى دعاهم الى الاسلام قال وان اجابوا

كفوا عن قتالهم لحصول المقصود وقد قال عم امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا
لا اله الا الله الحديث وان امتنعوا دعوهم الى اداء الجزية به امر رسول الله عم امراء الجيوش
ولانه احد ما ينتهي به القتال على ما نطق به النص وهذا في حق من تقبل منه الجزية ومن لا تقبل منه
كالمرتدين وعبدة الاوثان من العرب لا فائدة في دعائهم الى قبول الجزية لانه لا يقبل منهم الا الاسلام
قال الله تعالى تقاتلونهم او يسلمون فان بذلوها فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين لقول علي
رضي الله عنه انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا والمراد بالبذل القبول
وكذا المراد بالاعطاء المذكور فيه في القرآن ولا يجوز ان يقاتل من لم تبلغه الدعوة الا ان يدعوه
لقوله عم في وصية امراء الاجناد فادعوهم الى شهادة ان لا اله الا الله ولانهم بالدعوة
يعلمون انا نقاتلهم على الدين لا على سلب المال وسبي الذراري فلعلهم يجيبون فنكفى مؤنة القتال
ولو قاتلهم قبل الدعوة اثم للنهي ولا غرامة لعدم العاصم وهو الدين او الاحراز بالدار فصار كقتل
النسوان والصبيان ويستحب ان يدعو من بلغته الدعوة مبالغة في الانذار ولا يجب ذلك لانه صح
ان النبي عم اغار على بني المصطلق وهم غارون وعهد الى اسامة ان يغير على ابنى صباحا ثم يحرق
والغارة لا تكون بدعوة قال فان ابوا استعانوا بالله وحاربوهم لقوله عم في حديث سليمان
بن بريدة فان ابوا ذلك فادعهم الى اعطاء الجزية الى ان قال فان ابوها فاستعن بالله عليهم و
قاتلهم ولانه تعالى هو الناصر لاوليائه والمدمر على اعدائه فيستعان به في كل الامور قال ونصبوا
عليهم المجانيق كما نصب رسول الله عم على الطائف وحرقوهم لانه عم احرق البويرة قال وارسلوا
عليهم الماء وقطعوا اشجارهم وافسدوا زروعهم لان في جميع ذلك الحاق الكبت والغيظ بهم
وكسر شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون مشروعا ولا بأس برميهم وان كان فيهم مسلم اسير او تاجر
لان في الرمي دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام وقتل الاسير والتاجر ضرر خاص
ولانه قلما يخلو حصن عن مسلم فلو امتنع باعتباره لانسد بابه وان تترسوا بصبيان المسلمين
لم يكفوا عن رميهم لما بينا ويقصدون بالرمي الكفار لانه وان تعذر التمييز فعلا فقد امكن قصدا
والطاعة بحسب الطاقة وما اصابوه منهم لا دية عليهم ولا كفارة لان الجهاد فرض والغرامات
لا تقرن بالفروض بخلاف حالة المخمصة لانه لا يمتنع مخافة الضمان لما فيه من احياء نفسه اما الجهاد
فبني على اتلاف النفس فيمتنع حذار الضمان قال ولا بأس باخراج النساء والمصاحف مع المسلمين
ان كانوا عسكرا عظيما يؤمن عليه لان الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق ويكره اخراج ذلك في سرية

ويكره اخراج ذلك في سرية لا يؤمن عليها لان فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة وتعريض المصاحف
على الاستخفاف فانهم يستخفون بها مغايظة للمسلمين وهو التأويل الصحيح لقوله عم لا تسافروا بالقرآن
في ارض العدو ولو دخل المسلم اليهم بامان لا بأس بان يحمل معه المصحف اذا كانوا قوما يوفون بالعهد
لان الظاهر عدم التعرض والعجائز يخرجن في العسكر العظيم لاقامة عمل يليق بهن كالطبخ والسقي والمداواة
واما الشواب فمقامهن في البيوت ادفع للفتنة ولا يباشرن القتال لانه يستدل به على ضعف
المسلمين الا عند الضرورة ولا يستحب اخراجهن للمباضعة والخدمة فان كانوا لا بد مخرجين فبالاماء
دون الحرائر ولا تقاتل المرأة الا باذن زوجها ولا العبد الا باذن سيده لما بينا الا ان يهجم العدو
للضرورة وينبغي للمسلمين ان لا يغدروا ولا يغلوا ولا يمثلوا لقوله عم لا تغلوا ولا تغدروا ولا
تمثلوا والغلول السرقة من المغنم والغدر الخيانة ونقض العهد والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة
بالنهي المتأخر هو المنقول ولا يقتلوا امرأة ولا صبيا ولا شيخا فانيا ولا مقعدا ولا اعمى لان المبيح
للقتل عندنا هو الحراب ولا يتحقق منهم ولهذا لا يقتل يابس الشق والمقطوع اليمنى والمقطوع يده
ورجله من خلاف والشافعي يخالفنا في الشيخ الفاني والمقعد والاعمى لان المبيح عنده هو الكفر
والحجة عليه ما بينا وقد صح ان النبي عم نهى عن قتل الصبيان والذراري وحين رأى عم امرأة
مقتولة قال هاه ما كانت هذه تقاتل فلم قتلت قال الا ان يكون هؤلاء ممن له رأي في الحرب
او تكون المرأة ملكة لتعدي ضررها الى العباد وكذا يقتل من قاتل من هؤلاء دفعا لشره ولان القتال
مبيح حقيقة ولا يقتل مجنون لانه غير مخاطب الا ان يقاتل فيقتل دفعا لشره غير ان الصبي والمجنون
يقتلان ما داما يقاتلان وغيرهما لا بأس بقتله بعد الاسر لانه من اهل العقوبة لتوجه الخطاب نحوه
وان كان يجن ويفيق فهو في حال افاقته كالصحيح ويكره ان يبتدئ الرجل اباه من المشركين
فيقتله لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا ولانه يجب عليه احياؤه بالانفاق فيناقضه
الاطلاق في افنائه فان ادركه امتنع من قتله حتى يقتله غيره لان المقصود يحصل بغيره من غير اقتحام
المأثم وان قصد الاب قتله بحيث لا يمكنه دفعه الا بقتله لا بأس به لان مقصوده الدفع الا ترى
انه لو شهر الاب المسلم سيفه على ابنه ولا يمكنه دفعه الا بقتله يقتله لما بينا فهذا اولى والله اعلم

باب الموادعة ومن يجوز امانه

واذا رأى الامام ان يصالح اهل الحرب او فريقا
منهم وكان في ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس به لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها ووادع
رسول الله عم اهل مكة عام الحديبية على ان يضعوا الحرب بينه وبينهم عشر سنين ولان الموادعة

جهاد

جهاد معنى اذا كان خيرا للمسلمين لان المقصود هو دفع الشر حاصل به ولا يقتصر الحكم على المدة المروية
لتعدي المعنى الى ما زاد عليها بخلاف ما اذا لم يكن خيرا لانه ترك الجهاد صورة ومعنى فان صالحهم
مدة ثم رأى نقض الصلح انفع نبذ اليهم وقاتلهم لانه عم نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين
اهل مكة ولان المصلحة لما تبدلت كان النبذ جهادا وايفاء العهد ترك الجهاد صورة ومعنى ولا بد
من النبذ تحرزا عن الغدر وقال عليه السلام في العهود وفاء لا غدر ولا بد من اعتبار مدة يبلغ خبر النبذ
الى جميعهم ويكتفى في ذلك بمضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من انفاذ الخبر الى اطرافهم لان
بذلك ينتفي الغدر وان بدؤا بالخيانة قاتلهم ولم ينبذ اليهم اذا كان ذلك باتفاقهم لانهم صاروا
ناقضين للعهد ولا حاجة الى نقضه بخلاف ما اذا دخل جماعة منهم فقطعوا الطريق ولا منعة لهم حيث
لا يكون هذا نقضا للعهد ولو كانت لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضا للعهد في حقهم
دون غيرهم لانه بغير اذن ملكهم ففعلهم لا يلزم غيرهم حتى اذا كان باذن ملكهم صاروا ناقضين
للعهد لانه باتفاقهم معنى وان رأى موادعة اهل الحرب وان يأخذ على ذلك مالا فلا بأس به
لانه لما جازت الموادعة بغير المال فكذا بالمال لكن هذا اذا كان بالمسلمين حاجة اما اذا لم تكن
لا تجوز لما بينا من قبل والمأخوذ من المال يصرف مصارف الجزية اذا لم ينزلوا بساحتهم بل
ارسلوا رسولا لانه في معنى الجزية اما اذا احاط الجيش بهم ثم اخذوا المال فهو غنيمة يخمسها
ويقسم الباقي بينهم لانه مأخوذ بالقهر معنى واما المرتدون فيوادعهم الامام حتى ينظروا في امورهم لان
الاسلام مرجو منهم فجاز تأخير قتالهم طمعا في اسلامهم ولا يأخذ عليه مالا لانه لا يجوز اخذ
الجزية منهم لما بينا ولو اخذه لم يرده عليهم لانه مال غير معصوم ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا
الموادعة على مال يدفعه المسلمون اليهم لا يفعله الامام لما فيه من اعطاء الدنية والحاق الذل باهل
الاسلام الا اذا خاف الهلاك لان دفع الهلاك واجب باي طريق يمكن ولا ينبغي ان يباع
السلاح من اهل الحرب ولا يجهز اليهم لان النبي عم نهى عن بيع السلاح من اهل الحرب وحمله اليهم
ولان فيه تقويتهم على قتال المسلمين فيمنع ذلك وكذا الكراع لما بينا وكذا الحديد لانه اصل
السلاح وكذا الموادعة لانها على شرف النقض او الانقضاء فكانوا حربا علينا وهذا هو القياس
في الطعام والثوب الا انا عرفناه بالنص فان النبي عم امر ثمامة ان يمير اهل مكة وهم
حرب عليه

فصل

واذا آمن رجل حر او امرأة حرة كافرا او جماعة او اهل حصن
او مدينة صح امانهم ولم يكن لاحد من المسلمين قتالهم والاصل فيه قوله عم المسلمون تتكافأ دماؤهم

وايفاء العهد

ويسعى بذمتهم ادناهم اي اقلهم وهو الواحد ولانه من اهل القتال فيخافونه اذ هو من اهل المنعة
فيتحقق الامان منه لملاقاته محله ثم يتعدى الى غيره ولان سببه لا يتجزى وهو الايمان وكذا الامان
لا يتجزى فيتكامل كولاية الانكاح قال الا ان يكون في ذلك مفسدة فينبذ اليهم كما اذا امن الامام
بنفسه ثم راى المصلحة في النبذ وقد بيناه ولو حاصر الامام حصنا وامن واحد من الجيش وفيه مفسدة
ينبذ الامام لما بينا ويؤدبه الامام لافتياته على رايه بخلاف ما اذا كان فيه نظر لانه ربما تفوت المصلحة
بالتاخير فكان معذورا ولا يجوز امان ذمي لانه متهم بهم وكذا لا ولاية له على المسلمين قال ولا اسير
ولا تاجر يدخل عليهم لانهما مقهوران تحت ايديهم فلا يخافونهما والامان يختص بمحل الخوف ولانهما
يجبران عليه فيعرى الامان عن المصلحة ولانه كلما اشتد الامر عليهم يجدون اسيرا او تاجرا فيتخلصون
بامانه فلا ينفتح باب الفتح ومن اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا لا يصح امانه لما بينا ولا يجوز
امان العبد عند ابي حنيفة رح الا ان ياذن له مولاه في القتال وقال محمد رح يصح وهو قول الشافعي رح
وابو يوسف معه في رواية ومع ابي حنيفة في رواية لمحمد قوله عم امان العبد امان رواه ابو موسى
الاشعري ولانه مؤمن ممتنع فيصح امانه اعتبارا بالماذون له في القتال وبالمؤبد من الامان فالامان
لكونه شرطا للعبادة والجهاد عبادة والامتناع لتحقق ازالة الخوف به والتاثير اعزاز الدين
واقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين اذ الكلام في مثل هذه الحالة وانما لا يملك المسايفة
لما فيه من تعطيل حق المولى ولا تعطيل في مجرد القول ولابي حنيفة رح انه محجور عن القتال فلا يصح
امانه لانهم لا يخافونه فلم يلاق الامان محله بخلاف الماذون في القتال لان الخوف منه متحقق
ولانه انما لا يملك المسايفة لما انه تصرف في حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر في حقهم
والامان نوع قتال وفيه ما ذكرناه لانه قد يخطئ بل هو الظاهر وفيه سد باب الاستغنام
بخلاف الماذون لانه رضي به والخطاء نادر لمباشرته القتال وبخلاف المؤبد لانه خلف عن الاسلام
فهو بمنزلة الدعوة اليه ولانه مقابل بالجزية ولانه مفروض عند مسالتهم ذلك واسقاط الفرض
نفع فافترقا ولو امن الصبي وهو لا يعقل لا يصح كالمجنون وان كان يعقل وهو محجور عليه عن القتال
فعلى هذا الخلاف وان كان ماذونا له في القتال فالاصح انه يصح بالاتفاق باب الغنائم وقسمتها
واذا فتح الامام بلدة عنوة اي قهرا فهو بالخيار ان شاء قسمه بين المسلمين كما فعل رسول الله عليه السلام
بخيبر وان شاء اقر اهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى اراضيهم الخراج كذلك فعل عمر رضه بسواد
العراق بموافقة من الصحابة رضهم ولم يحمد من خالفه وفي كل من ذلك قدوة فيتخير وقيل الاولى

هو الاول

هو الاول عند حاجة الغانمين والثاني عند عدم الحاجة ليكون عدة في الزمان الثاني وهذا في العقار
اما في المنقول المجرد فلا يجوز المن بالرد عليهم لانه لم يرد به الشرع فيه وفي العقار خلاف الشافعي رحمه الله
لان فيه ابطال حق الغانمين او ملكهم فلا يجوز من غير بدل يعادله والخراج غير معادل لقلته بخلاف
الرقاب لان للامام ان يبطل حقهم راسا بالقتل والحجة عليه ما رويناه ولان فيه نظرا
لانهم كالاكرة العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة مع ما انه يحظى به الذين
ياتون من بعد والخراج وان قل حالا فقد جل مآلا لدوامه وان من عليهم بالرقاب
والاراضي يدفع اليهم من المنقولات بقدر ما يتهيا لهم العمل ليخرجوا عن حد الكراهة قال
وهو في الاسارى بالخيار ان شاء قتلهم لانه عم قد قتل ولان فيه حسم مادة الفساد
وان شاء استرقهم لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام وان شاء
تركهم احرارا ذمة للمسلمين لما بينا الا مشركي العرب والمرتدين على ما نبين ان شاء الله
ولا يجوز ان يردهم الى دار الحرب لان فيه تقويتهم على المسلمين فان اسلموا لا يقتلهم
لاندفاع الشر بدونه وله ان يسترقهم توفيرا للمنفعة بعد انعقاد سبب الملك بخلاف اسلامهم قبل الاخذ
لانه لم ينعقد السبب بعد ولا يفادى بالاسارى عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح
يفادى بهم اسارى المسلمين وهو قول الشافعي رح لان فيه تخليص المسلمين وهو اولى
من قتل الكافرين والانتفاع به وله ان فيه معونة للكفرة لانه يعود حربا علينا ودفع
شر حرابه خير من استنقاذ الاسير المسلم لانه اذا بقي في ايديهم كان ابتلاء في حقه غير
مضاف الينا والاعانة بدفع اسيرهم اليهم مضاف الينا اما المفاداة بمال ياخذه منهم لا يجوز في المشهور
من المذهب لما بينا وفي السير الكبير انه لا باس به اذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا
باسارى بدر ولو كان اسلم الاسير في ايدينا لا يفادى بمسلم في ايديهم لانه لا يفيد
الا اذا طابت نفسه به وهو مامون على اسلامه قال ولا يجوز المن عليهم اي على الاسارى
خلافا للشافعي رح فانه يقول من رسول الله عم على بعض الاسارى يوم بدر ولنا قوله تعالى
اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولانه بالاسر والقهر ثبت حق الاسترقاق فيه فلا يجوز
اسقاطه بغير منفعة وعوض وما رواه منسوخ بما تلونا واذا اراد الامام العود ومعه مواش
لا يقدر على نقلها الى دار الاسلام ذبحها وحرقها ولا يعقرها ولا يتركها وقال الشافعي رح يتركها
لانه عم نهى عن ذبح الشاة الا لماكله ولنا ان ذبح الحيوان يجوز لغرض صحيح ولا غرض

في كسر شوكة الاعداء ثم يحرق بالنار لينقطع منفعته عن الكفار وصار كتخريب البنيان بخلاف التحريق
قبل الذبح لانه منهي عنه وبخلاف العقر لانه مثلة وتحرق الاسلحة ايضا وما لا تحرق منها يدفن في موضع
لا يقف عليه الكفار ابطالا للمنفعة عليهم ولا تقسم غنيمة في دار الحرب حتى يخرجها الى دار الاسلام
وقال الشافعي رح لا باس بذلك واصله ان الملك لا يثبت للغانمين قبل الاحراز بدار
الاسلام عندنا وعند الشافعي يثبت ويبتنى على هذا الاصل عدة من المسائل التي ذكرناها
في الكفاية له ان سبب الملك الاستيلاء اذ هو ورد على مال مباح كما في الصيود ولا معنى للاستيلاء
سوى اثبات اليد وقد تحقق ولنا ان النبي عم نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب والخلاف
ثابت فيه والقسمة بيع معنى فتدخل تحته ولان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة
والثاني منعدم لقدرتهم على الاستنقاذ ووجوده ظاهر ثم قيل موضع الخلاف ترتب الاحكام
على القسمة اذا قسم الامام لا عن اجتهاد لان حكم الملك لا يثبت بدونه وقيل الكراهة وهي كراهة
تنزيه عند محمد رح فانه قال على قول ابي حنيفة رح وابي يوسف رح لا تجوز القسمة في دار الحرب
وعند محمد رح الافضل ان يقسم في دار الاسلام ووجه الكراهة ان دليل البطلان راجح
الا انه تقاعد عن سلب الجواز فلا يتقاعد عن ايراث الكراهة قال والردء والمقاتل في
العسكر سواء لاستوائهم في السبب وهو المجاوزة او شهود الوقعة على ما عرف وكذلك اذا لم يقاتل
لمرض او غيره لما ذكرناه واذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل ان يخرجوا الغنيمة الى دار الاسلام شاركوهم
فيها خلافا للشافعي رح بعد انقضاء القتال وهو بناء على ما مهدناه من الاصل وانما ينقطع
حق المشاركة عندنا بالاحراز او بقسمة الامام في دار الحرب او ببيعه المغانم فيها لان بكل منها
يتم الملك فينقطع شركة المدد ولا حق لاهل سوق العسكر في الغنيمة الا ان يقاتلوا وقال
الشافعي رح في احد قوليه يسهم لهم لقوله عم الغنيمة لمن شهد الوقعة ولانه وجد الجهاد معنى
بتكثير السواد ولنا انه لم توجد المجاوزة على قصد القتال فانعدم السبب الظاهر فيعتبر السبب الحقيقي
وهو القتال فيفيد الاستحقاق على حسب حاله فارسا او راجلا عند القتال وما رواه موقوف
على عمر رضي الله عنه او تاويله ان يشهدها على قصد القتال وان لم يكن للامام حمولة يحمل عليها
الغنائم قسمها بين الغانمين قسمة ايداع ليحملوها الى دار الاسلام ثم يرتجعها منهم فيقسمها
قال رضي الله عنه هكذا ذكر في المختصر ولم يشترط رضاهم هكذا رواية السير الكبير والجملة في هذا
ان الامام اذا وجد في المغنم حمولة يحمل عليها الغنائم لان الحمولة والمحمول مالهم وكذا اذا كان

في بيت

في بيت المال فضل حمولة لانه مال المسلمين ولو كان للغانمين او لبعضهم لا يجبرهم في رواية السير الصغير
لانه ابتداء اجارة وصار كما اذا نفقت دابته في مفازة ومع رفيقه فضل حمولة ويجبرهم
في رواية السير الكبير لانه دفع الضرر العام بتحمل ضرر خاص ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة في دار
الحرب لانه لا ملك قبلها وفيه خلاف الشافعي رح وقد بينا الاصل ومن مات من الغانمين
في دار الحرب فلا حق له في الغنيمة ومن مات منهم بعد اخراجها الى دار الاسلام فنصيبه لورثته
لان الارث يجري في الملك ولا ملك قبل الاحراز وانما الملك بعده وقال الشافعي رح من مات
بعد استقرار الهزيمة يورث نصيبه لقيام الملك فيه عنده كما بيناه ولا باس بان يعلف العسكر في دار
الحرب ويأكلوا ما وجدوه من الطعام قال رضي الله عنه ارسل ولم يقيده بالحاجة وقد شرطها
في رواية ولم يشترطها في اخرى وجه الاولى انه مشترك فلا يباح الانتفاع به الا للحاجة كما في الثياب
والدواب وجه الاخرى وهو قوله عم في طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا تحملوها ولان الحكم
يدار على دليل الحاجة وهو كونه في دار الحرب لان الغازي لا يستصحب قوت نفسه وعلف
ظهره مدة مقامه فيها والميرة منقطعة فبقي على اصل الاباحة للحاجة بخلاف السلاح لانه
لا يستصحبه فانعدم دليل الحاجة وقد تمس اليه فيعتبر حقيقتها فيستعمله ثم يرده على المغنم اذا
استغنى عنه والدابة مثل السلاح والطعام كالخبز واللحم وما يستعمل فيه كالسمن والزيت
قال ويستعملوا الحطب وفي بعض النسخ الطيب ويدهنوا بالدهن ويوقحوا به الدابة لمس
الحاجة الى جميع ذلك ويقاتلوا بما يجدونه من السلاح كل ذلك بلا قسمة وتاويله اذا احتاج اليه
بان لم يكن له سلاح وقد بيناه ولا يجوز ان يبيعوا من ذلك شيئا ولا يتمولونه لان البيع يترتب
على الملك ولا ملك على ما قدمناه وانما هو اباحة فصار كالمباح له الطعام وقوله لا يتمولونه اشارة
الى انهم لا يبيعونه بالذهب والفضة والعروض لانه لا ضرورة له الى ذلك فان باعه احدهم رد
الثمن لانه بدل عين كانت للجماعة واما الثياب والمتاع يكره الانتفاع بها قبل القسمة من غير حاجة
للاشتراك الا ان يقسم الامام بينهم في دار الحرب اذا احتاجوا الى الثياب والدواب والمتاع لان
المحرم يستباح للضرورة فالمكروه اولى وهذا لان حق المدد محتمل وحاجة هؤلاء متيقن بها
فكان اولى بالرعاية ولم يذكر القسمة في السلاح ولا فرق في الحقيقة فانه اذا احتاج واحد يباح له
الانتفاع في الفصلين وان احتاج الكل يقسم في الفصلين بخلاف ما اذا احتاجوا الى السبي حيث لا يقسم
لان الحاجة اليه من فضول الحوائج قال ومن اسلم منهم معناه في دار الحرب احرز باسلامه نفسه لان

بنا في ابتداء الاسر حاق واولاده الصغار لانهم مسلمون باسلامه تبعا وكل مال هو في يده لقوله عليه السلام
من اسلم على مال فهو له ولانه سبقت يده الحقيقية اليه يد الظاهرين عليه قال او وديعة في يد مسلم
او ذمي لانه في يد صحيحة محترمة ويده كيده فان ظهرنا على الدار فعقاره فيء وقال الشافعي رحمه الله هو له لانه
في يده فصار كالمنقول ولنا ان العقار في يد اهل الدار وسلطانها اذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده
حقيقة وقيل هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله الاخر وفي قول محمد رحمه الله وهو قول ابي يوسف الاول هو كغيره
بناء على ان اليد الحقيقية لا تثبت على العقار عندهما وعند محمد رحمه الله تثبت وزوجته فيء لانها كافرة حربية لا
تتبعه في الاسلام وكذا حملها فيء خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول انه مسلم تبعا كالمنفصل ولنا انه جزؤها
فيرق برقها والمسلم محل للتملك تبعا لغيره بخلاف المنفصل لانه حر لانعدام الجزئية عند ذلك واولاده
الكبار فيء لانهم كفار حربيون فلا تبعية ومن قاتل من عبيده فيء لانه لما تمرد على مولاه خرج من يده
فصار تبعا لاهل دارهم وما كان من ماله في يد حربي فهو فيء غصبا كان او وديعة لان يده ليست بمحترمة
وما كان غصبا في يد مسلم او ذمي فهو فيء عند ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يكون فيئا قال رضي الله عنه
هكذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكروا في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع قول محمد رحمهما الله لهما ان
المال تابع للنفس وقد صارت معصومة باسلامه فيتبعها ماله فيها وله انه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس
لم تصر معصومة بالاسلام الا ترى انها ليست بمتقومة الا انه محرم التعرض في الاصل لكونه مكلفا واباحة
التعرض بعارض شره فقد اندفع بالاسلام بخلاف المال لانه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك
فليست في يده حكما فلم يثبت العصمة واذا خرجوا المسلمون في دار الحرب لم يجز ان يعلفوا من الغنيمة ولا
يأكلوا منها لان الضرورة قد ارتفعت والاباحة باعتبارها ولان الحق قد تأكد ولهذا يورث
نصيبه ولا كذلك قبل الاخراج الى دار الاسلام ومن فضل معه علف او طعام رده الى الغنيمة
معناه اذا لم تقسم وعن الشافعي رحمه الله مثل قولنا وعنه انه لا يرد اعتبارا بالمتلصص ولنا ان
الاختصاص ضرورة الحاجة وقد زالت بخلاف المتلصص لانه كان احق به قبل الاحراز وكذا بعده
وبعد القسمة تصدقوا به ان كانوا اغنياء وانتفعوا به ان كانوا محاويج لانه صار في حكم اللقطة
على الغانمين وان كانوا انتفعوا به بعد الاحراز يرد قيمته الى المغنم ان كان لم يقسم وان قسمت الغنيمة
فالغني يتصدق بقيمته والفقير لا شيء عليه لقيام القيمة مقام الاصل فاخذ حكمه فصل في كيفية
القسمة قال ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها لقوله تعالى فان لله خمسه وللرسول الاية استثنى
الخمس ويقسم اربعة اخماسه بين الغانمين لان النبي عليه السلام قسمها ثم للفارس سهمان وللراجل سهم عند ابي حنيفة

وقال

وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله للفارس ثلثة اسهم وهو قول الشافعي رحمه الله لما روى ابن عمر رضي الله عنه ان النبي عليه السلام
اسهم للفارس ثلثة اسهم وللراجل سهما ولان الاستحقاق بالغناء وغناؤه على ثلثة امثال الراجل
لانه للكر والفر والثبات والراجل للثبات لا غير ولابي حنيفة رحمه الله ما روى ابن عباس رضي الله عنه
ان النبي عليه السلام اعطى الفارس سهمين والراجل سهما فتعارض فعلاه فيرجع الى قوله وقد قال
عليه السلام للفارس سهمان وللراجل سهم كيف وقد روي عن ابن عمر رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قسم للفارس
سهمين واذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره ولان الكر والفر جنس واحد فيكون غناؤه
مثلي غناء الراجل فيفضل عليه بسهم ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته فيدار
الحكم على سبب ظاهر وللفارس سببان النفس والفرس وللراجل سبب واحد فكان استحقاقه
على ضعفه ولا يسهم الا لفرس واحد وقال ابو يوسف رحمه الله يسهم لفرسين لما روي ان النبي عليه السلام اسهم
لفرسين ولان الواحد قد يعيى فيحتاج الى الاخر ولهما ان البراء بن اوس رضي الله عنه قاد فرسين
فلم يسهم رسول الله عليه السلام الا لفرس واحد ولان القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة فلا يكون
السبب الظاهر مفضيا الى القتال عليهما فيسهم لواحد ولهذا لا يسهم لثلثة افراس وما رواه محمول على التنفيل
كما اعطى سلمة بن الاكوع سهمين وهو راجل والبراذين والعتاق سواء لان الارهاب مضاف
الى جنس الخيل في الكتاب قال الله تعالى ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله واسم الخيل ينطلق على
البراذين والعراب والهجين والمقرف اطلاقا واحدا ولان العربي ان كان في الطلب والهرب اقوى
فالبرذون اصبر والين عطفا وفي كل منهما منفعة معتبرة فاستويا ومن دخل دار الحرب فارسا فنفق
فرسه استحق سهم الفرسان ومن دخل راجلا فاشترى فرسا سهم الراجل وجوابهما في عكسه كذا
روى ابن المبارك عن ابي حنيفة رحمه الله وفي الفصل الثاني انه يستحق سهم الفرسان والحاصل ان المعتبر
عندنا حالة المجاوزة وعنده حال انقضاء الحرب له ان السبب هو القهر والقتال فيعتبر حال الشخص عنده
والمجاوزة وسيلة الى السبب كالخروج من البيت وتعليق الاحكام بالقتال يدل على امكان الوقوف عليه
ولو تعذر او تعسر تعلق بشهود الوقعة لانه اقرب الى القتال ولنا ان المجاوزة نفسها قتال لانه
يلحقهم الخوف بها والحال بعدها حالة الدوام ولا معتبر بها ولان الوقوف على حقيقة القتال متعسر
وكذا على شهود الوقعة لانه حال التقاء الصفين فتقام المجاوزة مقامه اذ هو السبب المفضي اليه
ظاهرا اذا كان على قصد القتال فيعتبر حال الشخص حالة المجاوزة فارسا كان او راجلا ولو
دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان يستحق سهم الفرسان بالاتفاق ولو دخل فارسا

ثم باع فرسه او وهب او آجر او رهن ففي رواية الحسن عن ابي حنيفة رح يستحق سهم الفرسان اعتبارا
بالمجاوزة وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة لان الاقدام على هذه التصرفات يدل على انه لم يكن
من قصده بالمجاوزة القتال فارسا ولو باعه بعد الفراغ لم يسقط سهم الفرسان وكذا اذا باعه
في حالة القتال عند البعض والاصح انه يسقط لان البيع يدل على ان غرضه التجارة فيه الا انه
ينتظر عزته ولا يسهم لمملوك ولا امرأة ولا صبي ولا ذمي ولكن يرضخ لهم على حسب ما يرى
الامام لما روي ان النبي عم كان لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد وكان يرضخ لهم ولما
استعان عليه السلام باليهود على اليهود لم يعطهم شيئا من الغنيمة يعني لم يسهم لهم ولان الجهاد
عبادة والذمي ليس من اهله والمرأة والصبي عاجزان عنه ولهذا لم يلحقهما فرضه والعبد لا يمكنه
المولى وله منعه الا انه يرضخ لهم تحريضا للقتال مع اظهار انحطاط رتبتهم والمكاتب بمنزلة
العبد لقيام الرق وتوهم عجزه فيمنعه المولى عن الخروج الى الجهاد ثم العبد انما يرضخ له
اذا قاتل لانه دخل لخدمة المولى فصار كالتاجر والمرأة يرضخ لها اذا كانت تداوي
الجرحى وتقوم على المرضى لانها عاجزة عن حقيقة القتال فيقام هذا النوع من الاعانة مقام
القتال بخلاف العبد لانه قادر على حقيقة القتال والذمي انما يرضخ له اذا قاتل او دل
على الطريق ولم يقاتل لان فيه منفعة للمسلمين الا انه يزاد على السهم في الدلالة اذا كانت فيه منفعة
عظيمة ولا يبلغ به السهم اذا قاتل لانه جهاد والاول ليس من عمله ولا يسوى بينه وبين
المسلمين في حكم الجهاد واما الخمس فيقسم على ثلاثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين
وسهم لابناء السبيل يدخل فقراء ذوي القربى فيهم ويقدمون ولا يدفع الى اغنيائهم شيء وقال
الشافعي رح لهم خمس الخمس يستوي فيه فقيرهم وغنيهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون
لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم لقوله تعالى ولذي القربى من غير فصل بين الغني والفقير ولنا
ان الخلفاء الاربعة الراشدين قسموه على ثلاثة اسهم على نحو ما قلناه وكفى بهم قدوة وقال
عليه السلام يا بني هاشم ان الله تعالى كره لكم غسالة الناس واوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس
والعوض انما يثبت في حق من يثبت في حقه المعوض وهم الفقراء والنبي عم اعطاهم للنصرة
الا ترى انه علل فقال انهم لم يزالوا معي هكذا في الجاهلية والاسلام وشبك بين اصابعه
دل ان المراد من النص قرب النصرة لا قرب القرابة قال فاما ذكر الله تعالى في الخمس فانه لافتتاح
الكلام تبركا باسمه وسهم النبي عم سقط بموته كما سقط الصفي لانه كان يستحقه برسالته

ولا رسول بعده والصفي شيء كان عم يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع او سيف او جارية
وقال الشافعي رح يصرف سهم الرسول الى الخليفة والحجة عليه ما رويناه وسهم ذوي القربى كانوا
يستحقونه في زمن رسول الله عم بالنصرة لما رويناه وبعده بالفقر قال رضي الله عنه وهذا الذي
ذكره قول الكرخي وقول الطحاوي رح سهم الفقير منهم ساقط ايضا لما روينا ولان فيه معنى الصدقة
نظرا الى المصرف فيحرمه كما حرم اجرة العمالة وجه الاول قيل هو الاصح ما روي ان عمر رضي الله عنه
اعطى الفقراء منهم والاجماع انعقد على سقوط حق الاغنياء اما فقراؤهم فيدخلون في الاصناف
الثلاثة واذا دخل الواحد والاثنان دار الحرب مغيرين بغير اذن الامام فاخذوا شيئا
لم يخمس لان الغنيمة هي المأخوذة قهرا وغلبة لا اختلاسا وسرقة والخمس وظيفتها ولو
دخل الواحد او الاثنان باذن الامام ففيه روايتان والمشهور انه يخمس لانه لما اذن لهم
فقد التزم نصرتهم بالامداد فصار كالمنعة وان دخل جماعة لها منعة فاخذوا شيئا
خمس وان لم ياذن لهم الامام لانه مأخوذ قهرا فكان غنيمة ولانه يجب على الامام ان ينصرهم
اذ لو خذلهم كان فيه وهن المسلمين بخلاف الواحد والاثنين لانه لا يجب عليه نصرتهم
فصل في التنفيل قال ولا بأس بان ينفل الامام في حالة القتال ويحرض به على
القتال فيقول من قتل قتيلا فله سلبه ويقول للسرية قد جعلت لكم الربع بعد الخمس معناه بعد ما
رفع الخمس لان التحريض مندوب اليه قال الله تعالى يا ايها النبي حرض المؤمنين على القتال
وهذا نوع تحريض ثم قد يكون التنفيل بما ذكر وقد يكون بغيره الا انه لا ينبغي للامام ان ينفل بكل
المأخوذ لان فيه ابطال حق الكل وان فعله مع السرية جاز لان التصرف اليه وقد يكون
ولا ينفل بعد احراز الغنيمة بدار الاسلام لان حق الغير تأكد بالاحراز فيه قال الا من الخمس
لانه لا حق للغانمين في الخمس واذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغيره
سواء في ذلك وقال الشافعي رح السلب للقاتل اذا كان من اهل ان يسهم له وقد قتله مقبلا
لقوله عم من قتل قتيلا فله سلبه والظاهر انه نصب الشرع لانه بعث له ولان القاتل مقبلا
لانه لعث له ولان المقاتل مقبلا اكثر غناء فيختص بسلبه اظهارا للتفاوت بينه وبين غيره ولنا انه مأخوذ بقوة الجيش
فيكون غنيمة فيقسم قسمة الغنائم كما نطق به النص فقد قال عم لحبيب بن مسلمة رض ليس لك من سلب
قتيلك الا ما طابت به نفس امامك وما رواه يحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل فنحمله على الثاني
لما رويناه وزيادة الغناء لا تعتبر في جنس واحد كما ذكرناه والسلب ما على المقتول من

من ثيابه وسلاحه ومركبه وكذا ما على مركبه من السرج والآلة وكذا ما معه على الدابة من ماله
في حقيبته أو على وسطه وما عدا ذلك فليس بسلب وما كان مع غلامه على دابة أخرى
فليس بسلب ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين فأما الملك فإنما يثبت بعد الإحراز بدار
الإسلام لما مر من قبل حتى لو قال الإمام من أصاب جارية فهي له فأصابها مسلم واستبرأها
لم يحل له وطؤها وكذا لا يبيعها وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رح وقال محمد رح له أن يطأها
ويبيعها لأن التنفيل يثبت به الملك عنده كما يثبت بالقسمة في دار الحرب وبالشراء من الحربي
ووجوب الضمان بالإتلاف قد قيل على الاختلاف باب استيلاء الكفار وإذا غلب الترك
على الروم فسبوهم وأخذوا أموالهم ملكوها لأن الاستيلاء قد تحقق في مال مباح وهو السبب
على ما نبينه إن شاء الله تعالى وإن غلبنا على الترك حل لنا ما نجده من ذلك اعتبارا
بسائر أملاكهم فإن غلبوا على أموالنا وأحرزوها إلى دارهم ملكوها وقال الشافعي رح لا يملكونها لأن
الاستيلاء محظور ابتداء وانتهاء والمحظور لا ينتهض سببا للملك على ما عرف من قاعدة الخصم
ولنا أن الاستيلاء ورد على مال مباح فينعقد سببا للملك دفعا لحاجة المكلف كاستيلائنا
على أموالهم وهذا لأن العصمة تثبت على منافاة الدليل ضرورة تمكن المالك من الانتفاع
فإذا زالت المكنة عاد مباحا كما كان غير أن الاستيلاء لا يتحقق إلا بالإحراز بالدار
لأنه عبارة عن الاقتدار على المحل حالا ومآلا والمحظور لغيره إذا صلح سببا لكرامة تفوق
الملك وهو الثواب الآجل فما ظنك بالملك العاجل فإن ظهر عليها المسلمون فوجدها
المالكون قبل القسمة فهي لهم بغير شيء وإن وجدوها بعد القسمة أخذوها بالقيمة إن أحبوا
لقوله عم فيه إن وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شيء وإن وجدته بعد القسمة فهو لك
بالقيمة ولأن المالك القديم زال ملكه بغير رضاه فكان له حق الأخذ نظرا له إلا أن في الأخذ
بعد القسمة ضررا بالمأخوذ منه بإزالة ملكه الخاص فيأخذه بالقيمة ليعتدل النظر من الجانبين
والشركة قبل القسمة عامة فيقل الضرر فيأخذه بغير قيمة وإن دخل دار الحرب تاجر فاشترى
ذلك وأخرجه إلى دار الإسلام فمالكه الأول بالخيار إن شاء أخذه بالثمن الذي اشتراه
وإن شاء ترك لأنه يتضرر بالأخذ مجانا ألا ترى أنه دفع العوض بمقابلته فكان اعتدال
النظر فيما قلناه ولو اشتراه بعرض يأخذه بقيمة العرض ولو وهبوه لمسلم يأخذه بقيمته لأنه
ثبت له ملك خاص فلا يزال إلا بالقيمة ولو كان مغنوما وهو مثلي يأخذه قبل القسمة ولا يأخذه

بعدها لأن الأخذ بالمثل غير مفيد وكذا إذا كان موهوبا لا يأخذه لما بينا وكذا إذا كان
مشترى بمثله قدرا ووصفا قال فإن أسروا عبدا فاشتراه رجل وأخرجه إلى دار الإسلام
ففقئت عينه وأخذ أرشها فإن المولى يأخذه بالثمن الذي أخذ به من العدو وأما الأخذ
بالثمن فلما قلنا ولا يأخذ الأرش لأن الملك فيه صحيح فلو أخذه بمثله وهو لا يفيد ولا يحط
شيء من الثمن لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بخلاف الشفعة لأن الصفقة لما
تحولت إلى الشفيع صار المشتري في يد المشتري بمنزلة المشترى شراء فاسدا والأوصاف
تضمن فيه كما في الغصب أما ههنا الملك صحيح فافترقا وإن أسروا عبدا فاشتراه رجل
بألف درهم فأسروه ثانيا وأدخلوه دار الحرب فاشتراه رجل آخر بألف درهم
فليس للمولى الأول أن يأخذه من الثاني لأن الأسر ما ورد على ملكه وللمشتري الأول
أن يأخذه من الثاني بالثمن لأن الأسر ورد على ملكه ثم يأخذه المالك القديم بالفين إن شاء
لأنه قام عليه بالثمنين فيأخذه بهما وكذا إذا كان المأسور منه الثاني غائبا ليس للأول أن يأخذه
اعتبارا بحال حضرته ولا يملك علينا أهل الحرب بالغلبة مدبرينا وأمهات أولادنا وأحرارنا
ومكاتبينا ونملك عليهم جميع لأن السبب إنما يفيد الحكم في محله والمحل المال المباح والحر معصوم
بنفسه وكذا من سواه لأنه تثبت الحرية فيه من وجه بخلاف رقابهم لأن الشرع أسقط عصمتهم جزاء على
جنايتهم وجعلهم أرقاء ولا جناية من هؤلاء وإذا أبق عبد لمسلم فدخل إليهم فأخذوه لم يملكوه عند
أبي حنيفة رح وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يملكونه لأن العصمة لحق المالك لقيام يده وقد زالت
ولهذا لو أخذوه من دار الإسلام ملكوه وله أنه ظهرت يده على نفسه بالخروج لأن سقوط اعتبارها
لتحقق يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع وقد زالت يد المولى فظهر يده على نفسه وصار معصوما
بنفسه فلم يبق محلا للملك بخلاف المتردد لأن يد المولى باقية لقيام يد أهل الدار فمنع
ظهور يده وإذا لم يثبت الملك لهم عند أبي حنيفة رح يأخذه المالك القديم بغير شيء موهوبا كان
أو مشترى أو مغنوما قبل القسمة وبعد القسمة يؤدي عوضه من بيت المال لأنه لا يمكن إعادة
القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم وليس له على المالك جعل الآبق لأنه عامل لنفسه في
زعمه أنه ملكه وإن ند إليهم بعير فأخذوه ملكوه لتحقق الاستيلاء إذ لا يد للعجماء لتظهر عند الخروج
من دارنا بخلاف العبد على ما ذكرنا وإن اشتراه رجل وأدخله دار الإسلام فصاحبه يأخذه
بالثمن إن شاء فإن أبق عبد لمسلم إليهم وذهب معه بفرس ومتاع فأخذ المشركون ذلك كله

واخرجه فان المولى ياخذ العبد بغير شيء والفرس والمتاع بالثمن وهذا عند ابي حنيفه رح وقال ابو
يوسف ومحمد رح ياخذ العبد وما معه بالثمن ان شاء اعتبارا لحالة الاجتماع بحالة الانفراد وقد بينا الحكم
في كل فرد واذا دخل الحربي دارنا بامان فاشترى عبدا مسلما وادخله دار الحرب عتق عند ابي حنيفه رح وقال
ابو يوسف ومحمد رح لا يعتق لان الازالة كانت مستحقة بطريق معين وهو البيع وقد انقطعت ولاية
الجبر عليه فبقي في يده عبدا ولابي حنيفه رح ان تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب فيقام الشرط وهو
تباين الدارين مقام العلة وهو الاعتاق تخليصا له كما يقام مضي ثلث حيض مقام التفريق
فيما اذا اسلم احد الزوجين في دار الحرب واذا اسلم عبد الحربي ثم خرج الينا او ظهر على الدار فهو حر
وكذا اذا خرج عبيدهم الى عسكر المسلمين فهم احرار لما روي ان عبيدا من عبيد الطائف اسلموا وخرجوا
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى بعتقهم وقال هم عتقاء الله ولانه احرز نفسه بالخروج الينا مراغما لمولاه
او بالالتحاق بمنعة المسلمين اذا ظهر على الدار واعتبار يده اولى من يد المسلمين لانها اسبق ثبوتا
على نفسه والحاجة في حقه الى زيادة توكيد وفي حقهم الى اثبات اليد ابتداء فلهذا كان اولى

باب المستامن واذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له ان يتعرض لشيء من اموالهم
ولا من دمائهم لانه ضمن ان لا يتعرض لهم بالاستيمان فالتعرض بعد ذلك يكون غدرا والغدر حرام
الا اذا غدر بهم ملكهم فاخذ اموالهم او حبسهم او فعل غيره بعلم الملك ولم يمنعه لانهم هم الذين
نقضوا العهد بخلاف الاسير لانه غير مستامن فيباح له التعرض وان اطلقوه طوعا فان غدر
بهم اعني التاجر فاخذ شيئا وخرج به ملكه ملكا محظورا ويؤمر بان يتصدق لورود الاستيلاء
على مال مباح الا انه حصل بسبب الغدر فاوجب ذلك خبثا فيه فيؤمر بالتصدق به وهذا
لان الحظر لغيره لا يمنع انعقاد السبب على ما بيناه واذا دخل المسلم دار الحرب بامان
فادانه حربي او ادان حربيا او غصب احدهما صاحبه ثم خرج الينا واستامن الحربي
لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشيء اما الادانة فلان القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية
وقت الادانة اصلا ولا وقت القضاء على المستامن لانه ما التزم حكم الاسلام فيما مضى من
افعاله وانما التزم ذلك في المستقبل واما الغصب فلانه صار ملكا للذي غصبه واستولى
عليه لمصادفته مالا غير معصوم على ما بينا وكذلك لو كانا حربيين فعلا ذلك ثم خرجا مستامنين
لما قلنا ولو خرجا مسلمين قضي بالدين بينهما ولم يقض بالغصب اما المداينة فلانها
وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي والولاية ثابتة حالة القضاء لالتزامهما الاحكام

بالاسلام

بالاسلام واما الغصب فلما بينا انه ملكه ولا خبث في ملك الحربي حتى يؤمر بالرد واذا دخل
المسلم دار الحرب بامان فغصب حربيا ثم خرجا مسلمين امر برد الغصب ولم يقض
عليه اما عدم القضاء فلما بينا انه ملكه واما الامر بالرد فمراده الفتوى به لانه فسد الملك
لما يقارنه من المحرم وهو نقض العهد واذا دخل مسلمان دار الحرب بامان فقتل احدهما
صاحبه عمدا او خطأ فعلى القاتل الدية في ماله وعليه الكفارة في الخطأ واما الكفارة فلاطلاق
الكتاب والدية لان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول
بالامان وانما لا يجب القصاص لانه لا يمكن استيفاؤه الا بمنعة ولا منعة دون الامام وجماعة
المسلمين ولم يوجد ذلك في دار الحرب وانما تجب الدية في ماله في العمد لان العواقل لا تعقل
العمد وفي الخطأ لانه لا قدرة لهم على الصيانة مع تباين الدارين والوجوب عليهم على اعتبار تركها
وان كانا اسيرين فقتل احدهما صاحبه او قتل مسلم تاجر اسيرا فلا شيء على القاتل الا الكفارة في
الخطأ عند ابي حنيفه وقال ابو يوسف ومحمد رح في الاسيرين الدية في الخطأ والعمد لان العصمة
لا تبطل بعارض الاسر كما لا تبطل بعارض الاستيمان على ما بينا وامتناع القصاص
لعدم المنعة وتجب الدية في ماله لما قلنا ولابي حنيفه رح ان بالاسر صار تبعا لهم لصيرورته
مقهورا فيما بينهم ولهذا يصير مقيما باقامتهم ومسافرا بسفرهم فيبطل به الاحراز اصلا وصار
كالمسلم الذي لم يهاجر الينا وخص الخطأ بالكفارة لانه لا كفارة في العمد عندنا فصل
واذا دخل الحربي الينا مستامنا لم يمكن ان يقيم في دارنا سنة ويقول له الامام ان اقمت
تمام السنة وضعت عليك الجزية والاصل ان الحربي لا يمكن من اقامة دائمة في دارنا الا بالاسترقاق
او بالجزية لانه يصير عينا لهم وعونا علينا فتلتحق المضرة بالمسلمين ويمكن من الاقامة اليسيرة
لان في منعها قطع الميرة والجلب وسد باب التجارة ففصلنا بينهما بسنة لانها مدة
يجب فيها الجزية فتكون الاقامة لمصلحة الجزية ثم ان رجع بعد مقالة الامام قبل تمام السنة
الى وطنه فلا سبيل عليه واذا مكث سنة فهو ذمي لانه لما اقام سنة بعد تقدم الامام
صار ملتزما الجزية فيصير ذميا وللامام ان يوقت في ذلك ما دون السنة كالشهر والشهرين واذا اقامها
بعد مقالة الامام يصير ذميا لما قلنا ثم لا يترك ان يرجع الى دار الحرب لان عقد الذمة لا ينقض
كيف وان فيه قطع الجزية وجعل ولده حربا علينا وفيه مضرة للمسلمين واذا دخل الحربي دارنا
بامان فاشترى ارض خراج فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي لان خراج الارض بمنزلة خراج

فاذا لزمه صار ملتزما المقام في دارنا اما بمجرد شراء الارض لا يصير ذميا لانه قد يشتريها للتجارة
واذا لزمه خراج الارض فبعد ذلك يلزمه الجزية لسنة مستقبلة لانه يصير ذميا بلزوم الخراج فتعتبر
المدة من وقت وجوبه وقوله في الكتاب فاذا وضع الخراج فهو ذمي تصريح بشرط الوضع فتخرج عليه
احكام جمة فلا تغفل عنه واذا دخلت حربية بامان فتزوجت ذميا صارت ذمية لانها التزمت
المقام تبعا للزوج واذا دخل حربي بامان فتزوج ذمية لم يصر ذميا لانه يمكنه ان يطلقها فيرجع
الى بلده فلم يكن ملتزما المقام ولو ان حربيا دخل دارنا بامان ثم عاد الى دار الحرب وترك
وديعة عند مسلم او ذمي او دينا في ذمتهم فقد صار دمه مباحا بالعود لانه ابطل امانه وما في
دار الاسلام من ماله على خطر فان اسر او ظهر على الدار فقتل سقط ديونه وصارت الوديعة
فيئا اما الوديعة فلانها في يده تقديرا لان يد المودع كيده فيصير فيئا تبعا لنفسه واما
الدين فلان اثبات اليد عليه بواسطة المطالبة وقد سقطت ويده عليه اسبق اليه
من يد العامة فيختص به فيسقط وان قتل ولم يظهر على الدار فالقرض والوديعة لورثته
وكذلك اذا مات لان نفسه لم تصر مغنومة فكذلك ماله وهذا لان حكم الامان باق
في ماله فيرد عليه او على ورثته من بعده قال وما اوجف المسلمون عليه من اموال اهل الحرب
بغير قتال يصرف في مصالح المسلمين كما يصرف الخراج قالوا هو مثل الاراضي التي اجلوا اهلها
عنها والجزية ولا خمس في ذلك وقال الشافعي فيهما الخمس اعتبارا بالغنيمة ولنا ما روي
ان النبي عليه السلام اخذ الجزية وكذلك عمر ومعاذ رضي الله عنهما ووضع في بيت المال ولم يخمس ولانه
مال ماخوذ بقوة المسلمين من غير قتال بخلاف الغنيمة لانها مملوكة بمباشرة الغانمين وبقوة المسلمين
فاستحق الخمس بمعنى واستحقه الغانمون بمعنى وفي هذا السبب واحد وهو ما ذكرنا فلا معنى
لايجاب الخمس واذا دخل الحربي دارنا بامان وله امرأة في دار الحرب واولاد صغار و
كبار ومال اودع بعضه ذميا وبعضه حربيا وبعضه مسلما فاسلم ههنا ثم ظهر على الدار فذلك
كله فيء اما المرأة واولاده الكبار فظاهر لانهم حربيون كبار وليسوا باتباع وكذلك
ما في بطنها لو كانت حاملا لما قلنا من قبل واما اولاده الصغار فلان الصغير انما يصير مسلما
تبعا لاسلام ابيه اذا كان في يده وتحت ولايته ومع تباين الدارين لا يتحقق ذلك وكذا
امواله لا تصير محرزة باحرازه نفسه لاختلاف الدارين فبقي الكل فيئا وغنيمة وان اسلم
في دار الحرب ثم جاء فظهر على الدار فاولاده الصغار احرار مسلمون تبعا لابيهم لانهم

كانوا

كانوا تحت ولايته حين اسلم اذ الدار واحدة وما كان من مال اودعه مسلما او ذميا
فهو له لانه في يد محترمة ويده كيده وما سوى ذلك فهو فيء اما المرأة واولاده الكبار فلما قلنا
واما المال الذي في يد الحربي فلانه لم يصر معصوما لان يد الحربي ليست محترمة واذا اسلم الحربي
في دار الحرب فقتله مسلم عمدا او خطأ وله ورثة مسلمون هناك فلا شيء عليه الا الكفارة
في الخطأ وقال الشافعي تجب الدية في الخطأ والقصاص في العمد لانه اراق دما معصوما
لوجود العاصم وهو الاسلام لكونه مستجلبا للكرامة وهذا لان العصمة اصلها المؤثمة لحصول
اصل الزجر بها وهي ثابتة اجماعا والمقومة كمال فيه لكمال الامتناع به فيكون وصفا فيتعلق
بما علق به الاصل ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة الاية جعل التحرير
كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء او الى كونه كل المذكور فينتفي غيره ولان العصمة المؤثمة
بالادمية لان الادمي خلق متحملا اعباء التكليف والقيام بها بحرمة التعرض والاموال تابعة لها
اما المقومة فالاصل فيها الاموال لان التقوم يؤذن بجبر الفائت وذلك في الاموال دون
النفوس فكانت النفوس تابعة ثم العصمة المقومة في الاموال بالاحراز بالدار لان العزة بالمنعة
وكذلك في النفوس الا ان الشرع اسقط اعتبار منعة الكفرة لما انه اوجب ابطالها والمرتد والمستأمن
في دارنا من اهل دارهم حكما لقصدهما الانتقال اليها ومن قتل مسلما لا ولي له او قتل حربيا دخل
الينا بامان فاسلم فالدية على عاقلته للامام وعليه الكفارة لانه قتل نفسا معصومة خطأ
فيعتبر بسائر النفوس المعصومة ومعنى قوله للامام ان حق الاخذ له لانه لا وارث له وان كان
عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء اخذ الدية لان النفس معصومة والقتل عمد والولي معلوم
وهو العامة او السلطان قال عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له وقوله وان شاء اخذ
الدية معناه بطريق الصلح لان موجب العمد هو القود عينا وهذا لان الدية انفع
في هذه المسألة من القود فلهذا كان له ولاية الصلح على المال وليس له ان يعفو لان
الحق للعامة وولايته نظرية وليس من النظر اسقاط حقهم من غير عوض والله اعلم

باب العشر والخراج

قال ارض العرب كلها ارض عشر وهو ما بين العذيب الى اقصى حجر
باليمن بمهرة الى حد الشام والسواد ارض خراج وهو ما بين العذيب الى عقبة حلوان
ومن الثعلبية ويقال من العلث الى عبادان لان النبي عليه السلام والخلفاء الراشدين رضي
لم ياخذوا الخراج من ارض العرب ولانه بمنزلة الفيء فلا يثبت في اراضيهم كما لا يثبت

في رقابهم وهذا لان وضع الخراج من شرط ان يقر اهلها على الكفر كما في سواد العراق ومشركوا
العرب لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف وعمر رضي الله عنه حين فتح السواد وضع الخراج عليها
بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ووضع على مصر حين فتحها عمرو بن العاص وكذا اجمعت الصحابة رضي
الله عنهم على وضع الخراج على الشام قال وارض السواد مملوكة لاهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم
فيها لان الامام اذا فتح ارضا عنوة وقهرا له ان يقر اهلها عليها ويضع عليها وعلى
رؤسهم الخراج فتبقى الاراضي مملوكة لاهلها وقد قدمناه من قبل قال وكل ارض اسلم اهلها
او فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فهي ارض خراج وكذا اذا صالحهم لان الحاجة الى

فهي ارض عشر لان الحاجة الى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر اليق به لما فيه من معنى العبادة وكذا هو اخف حيث يتعلق بنفس الخارج وكل ارض فتحت عنوة واقر اهلها عليها صح

التوظيف على الكافر والخراج اليق به ومكة مخصوصة من هذا فان رسول الله عليه السلام فتحها عنوة
وتركها لاهلها ولم يوظف الخراج وفي الجامع الصغير كل ارض فتحت عنوة فوصل اليها ماء
الانهار فهي ارض الخراج وما لم يصل اليها ماء الانهار واستخرج منها عين فهي ارض عشر
لان العشر يتعلق بالارض النامية ونماؤها بمائها فيعتبر السقي بماء العشر او بماء الخراج قال ومن احيا
ارضا مواتا فهي عند ابي يوسف رح معتبرة بحيزها فان كانت من حيز ارض الخراج فهي خراجية ومعناه
بقربه وان كانت من حيز ارض العشر فهي عشرية والبصرة عنده عشرية باجماع الصحابة رضي الله عنهم
لان حيز الشيء يعطى له حكمه كفناء الدار يعطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به وكذا لا يجوز
احياء ما قرب من العامر وكان القياس في البصرة خراجية لانها من حيز ارض الخراج الا ان
الصحابة رضي الله عنهم وظفوا عليها العشر فيترك القياس باجماعهم وقال محمد رح ان احياها
ببئر حفرها او بعين استخرجها او بماء الدجلة او الفرات او الانهار العظام التي لا يملكها احد
فهي عشرية وكذا ان احياها بماء السماء وان احياها بماء الانهار التي احتفرها الاعاجم مثل
نهر الملك ونهر يزدجرد فهي خراجية لما ذكرنا من اعتبار الماء اذ هو السبب للنماء ولانه لا يمكن
توظيف الخراج ابتداء على المسلم كرها فيعتبر في ذلك الماء لان السقي بماء الخراج دلالة التزامه والخراج
الذي وضعه عمر رضي الله عنه على اهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي وهو الصاع ودرهم
ومن جريب الرطبة خمسة دراهم ومن جريب الكرم المتصل والنخل المتصل عشرة دراهم
هذا هو المنقول عن عمر رضي الله عنه فانه بعث عثمان بن حنيف رضي الله عنه حتى يمسح سواد العراق
وجعل حذيفة رضي الله عنه عليه مشرفا فمسح فبلغ ستا وثلثين الف الف جريب ووضع
على ذلك ما قلنا وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فكان اجماعا منهم ولان المؤن

متفاوتة

متفاوتة والكرم اخفها مؤنة والمزارع اكثرها مؤنة والرطاب بينهما والوظيفة تتفاوت
بتفاوتها فجعل الواجب في الكرم اعلاها وفي المزارع ادناها وفي الرطبة اوسطها قال وما سوى
ذلك من الاصناف كالزعفران والبستان وغيره يوضع عليها بحسب الطاقة لانه ليس فيه توظيف
عمر رضي الله عنه وقد اعتبر الطاقة في ذلك فنعتبرها فيما لا توظيف فيه قالوا ونهاية الطاقة ان
يبلغ الواجب نصف الخارج لا يزاد عليه لان التنصيف عين الانصاف لما كان لنا ان نقسم
الكل بين الغانمين والبستان كل ارض يحوطها حائط وفيها نخل متفرقة واشجار وفي ديارنا
وظفوا من الدراهم في الاراضي كلها وترك كذلك لان التقدير يجب ان يكون بقدر الطاقة من اي
شيء كان قال فان لم تطق ما وضع عليها نقصهم الامام والنقصان عند قلة الريع جائز

الريع نفقة كل شيء على اصله

بالاجماع الا ترى الى قول عمر رضي الله عنه لعلكما حملتما الارض ما لا تطيق فقالا بل حملنا ما
تطيق ولو زدنا لاطاقت وهذا يدل على جواز النقصان واما الزيادة عند زيادة الريع
يجوز عند محمد رح اعتبارا بالنقصان وعند ابي يوسف رح لا يجوز لان عمر رضي الله عنه لم يزد
حين اخبر بزيادة الطاقة وان غلب على ارض الخراج الماء او انقطع عنها او اصطلم
الزرع آفة فلا خراج عليه لانه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديري
المعتبر في الخراج وفيما اذا اصطلم الزرع آفة فات النماء التقديري في بعض الحول و
كونه ناميا في جميع الحول شرط كما في مال الزكوة او يدار الحكم على الحقيقة عند خروج
الخارج قال وان عطلها صاحبها فعليه الخراج لان التمكن كان ثابتا وهو
الذي فوته قالوا ومن انتقل الى اخس الامرين من غير عذر فعليه خراج الاعلى
لانه هو الذي ضيع الزيادة وهذا يعرف ولا يفتى به كيلا يتجرأ الظلمة على اخذ اموال
المسلمين ومن اسلم من اهل الخراج اخذ منه الخراج على حاله لان فيه معنى المؤنة فيعتبر
مؤنة في حالة البقاء فامكن ابقاؤه على المسلم ويجوز ان يشتري المسلم ارض الخراج
من الذمي ويؤخذ منه الخراج لما قلنا وقد صح ان الصحابة رضي الله عنهم اشتروا
ارض الخراج وكانوا يؤدون خراجها فدل على جواز الشراء واخذ الخراج واداؤه
للمسلم من غير كراهة ولا عشر في الخارج من ارض الخراج وقال الشافعي رح يجمع بينهما لانهما
حقان مختلفان وجبا في محلين مختلفين بسببين مختلفين فلا يتنافيان ولنا قوله عليه السلام
لا يجتمع عشر وخراج في ارض مسلم ولان احدا من ائمة العدل والجور لم يجمع بينهما وكفى باجماعهم
من الخلفاء الاربعة رضي الله عنهم

حجة ولان الخراج يجب في ارض فتحت عنوة وقهرا والعشر في ارض اسلم اهلها طوعا والوصفان لا يجتمعان في ارض واحدة وسبب الحقين واحد وهو الارض النامية الا انه يعتبر في العشر تحقيقا وفي الخراج تقديرا ولهذا يضافان الى الارض وعلى هذا الخلاف الزكوة مع احدهما ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة لان عمر رضي الله عنه لم يوظفه مكررا بخلاف العشر لانه لا يتحقق عشرا الا بوجوبه في كل خارج باب في الجزية وهي على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح فتتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق كما صالح رسول الله عم بني نجران على الف ومائتي حلة ولان الموجب هو التراضي فلا يجوز التعدي الى غير ما وقع عليه وجزية يبتدئ الامام وضعها اذا غلب الامام على الكفار واقرهم على املاكهم فيضع على الغني الظاهر الغنى في كل سنة ثمانية واربعين درهما ياخذ منه في كل شهر اربعة دراهم وعلى وسط الحال اربعة وعشرين درهما في كل شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهما في كل شهر درهما وهذا عندنا وعند الشافعي رح يضع على كل حالم دينارا او ما يعدل الدينار والغني والفقير في ذلك سواء لقوله عم لمعاذ رضي الله عنه خذ من كل حالم وحالمة دينارا او عدله من غير فصل ولان الجزية انما وجبت بدلا عن القتل حتى لا تجب على من لا يجوز قتله بسبب الكفر كالذراري والنسوان وهذا المعنى ينتظم الغني والفقير ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم ولم ينكر عليهم احد من المهاجرين والانصار ولانه وجب نصرة للمقاتلة فيجب على التفاوت بمنزلة خراج الارض وهذا لانه وجب بدلا عن النصرة بالنفس والمال وذلك يتفاوت بكثرة الوفر وقلته فكذا ما هو بدله وما رواه محمول على انه كان ذلك صلحا وتوضع الجزية على اهل الكتاب والمجوس لقوله تعالى من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون الآية ووضع رسول الله عم الجزية على المجوس قال وعبدة الاوثان من العجم وفيه خلاف الشافعي رحمه الله هو يقول ان القتال واجب لقوله تعالى وقاتلوهم الآية الا انا عرفنا جواز تركه في حق اهل الكتاب بالكتاب وفي حق المجوس بالخبر فبقي من وراءهم على الاصل ولنا انه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم اذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم فانه يكتسب ويؤدي الى المسلمين ونفقته في كسبه وان ظهر عليهم قبل ذلك فهم ونساؤهم وصبيانهم فيء لجواز استرقاقهم ولا توضع على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين لان

لان كفرهما قد تغلظ اما مشركوا العرب فلان النبي عم نشأ بين اظهرهم والقرآن نزل بلغتهم فالمعجزة في حقهم اظهر واما المرتد فانه كفر بربه بعد ما هدي للاسلام ووقف على محاسنه فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام او السيف زيادة في العقوبة وعند الشافعي رح يسترق مشركوا العرب وجوابه ما قلنا واذا ظهر عليهم فنساؤهم وصبيانهم فيء لان ابا بكر رضي الله عنه استرق نسوان بني حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسمهم بين الغانمين ومن لم يسلم من رجالهم قتلهم لما ذكرنا ولا جزية على امرأة ولا صبي لانها وجبت بدلا عن القتل او عن القتال وهما لا يقتلان ولا يقاتلان لعدم الاهلية ولا زمن ولا اعمى وكذا المفلوج والشيخ الكبير لما بينا وعن ابي يوسف رح انه يجب اذا كان له مال لانه يقتل في الجملة اذا كان له رأي في القتال ولا على فقير غير معتمل خلافا للشافعي رحمه الله له اطلاق حديث معاذ رضي الله عنه ولنا ان عثمان رض لم يضعها على فقير غير معتمل وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضوان الله تعالى ولان خراج الارض لا يوظف على ارض لا طاقة لها فكذا هذا الخراج والحديث محمول على المعتمل ولا يوضع على المملوك والمكاتب والمدبر وام الولد لانها بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا وعلى اعتبار الثاني لا تجب فلا تجب بالنسبة ولا يؤدي عنهم مواليهم لانهم تحملوا الزيادة بسببهم ولا توضع على الرهبان الذين لا يخالطون الناس كذا ذكر ههنا وذكر محمد رح عن ابي حنيفة رح انه توضع عليهم اذا كانوا يقدرون على العمل وهو قول ابي يوسف رح وجه الوضع عليهم ان القدرة على العمل هو الذي ضيعها فصار كتعطيل الارض الخراجية ووجه الوضع عنهم انه لا قتل عليهم اذا كانوا لا يخالطون الناس والجزية في حقهم لاسقاط القتل ولا بد ان يكون المعتمل صحيحا ويكتفى بصحته في اكثر السنة ومن اسلم وعليه جزية سقطت عنه وكذا اذا مات كافرا خلافا للشافعي رح فيهما له انها وجبت بدلا عن العصمة او عن السكنى وقد وصل اليه المعوض فلا يسقط عنه العوض بهذا العارض كما في الاجرة والصلح عن دم العمد ولنا قوله عم ليس على المسلم جزية ولانها وجبت عقوبة على الكفر ولهذا سميت جزية وهي والجزاء واحد وعقوبة الكفر تسقط بالاسلام والعصمة تثبت لكونه آدميا والذمي يسكن في ملك نفسه فلا معنى لايجاب بدل العصمة والسكنى وان اجتمعت عليه الحولان تداخلت الجزية وفي الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت السنة الاخرى لم يؤخذ منه وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح يؤخذ منه وهو قول الشافعي رح وان مات عند تمام السنة لم يؤخذ منه في قولهم جميعا وكذلك ان مات في بعض السنة اما مسئلة الموت

ولا تقام مر بعد الموت لان شرع العقوبة في الدنيا لا تكون الا لدفع الشر وقد اندفع بالموت وفي الاسلام ولانها وجبت عن النصرة في حقنا وقد قدر عليها بنفسه بعد الاسلام

في الحولان اه

فقد ذكرناها وقيل مسئلة خراج الارض على هذا الخلاف وقيل لا تداخل فيه بالاتفاق لهما
في الخلافية ان الخراج وجب عوضا والاعواض اذا اجتمعت وامكن استيفاؤها تستوفى
وقد امكن فيما نحن فيه بعد توالي السنين بخلاف ما اذا اسلم لانه تعذر استيفائه ولابي حنيفة
انها وجبت عقوبة على الاصرار على الكفر على ما بيناه ولهذا لا تقبل منه لو بعث بيد نائبه في اصح الروايات
بل يكلف ان ياتي به بنفسه فيعطي قائما والقابض منه قاعد وفي رواية ياخذ بتلبيبه ويهزه هزا
ويقول اعط الجزية يا ذمي فثبت انه عقوبة والعقوبات اذا اجتمعت تداخلت كالحدود ولانها
وجب بدلا عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا كما ذكرنا لكن في المستقبل لا في الماضي لان القتل
انما يستوفى لحراب قائم في الحال لا لحراب ماض وكذا النصرة في المستقبل لان الماضي وقعت الغنية
عنه ثم قول محمد رح في الجزية في الجامع الصغير وجاءت سنة اخرى حمله بعض المشايخ على المضي مجازا
وقال الوجوب باخر السنة فلا بد من المضي ليتحقق الاجتماع فيتداخل وعند البعض هو مجرى على
حقيقته والوجوب عند ابي حنيفة رح باول الحول فيتحقق الاجتماع بمجرد المجيء والاصح ان الوجوب
عندنا بابتداء الحول وعند الشافعي رح في اخره اعتبارا بالزكوة ولنا ان ما وجب بدلا عنه
لا يتحقق الا في المستقبل على ما قررناه فتعذر ايجابه بعد مضي الحول فاوجبنا في اوله فصل
ولا يجوز احداث بيعة ولا كنيسة في دار الاسلام لقوله عم لا اخصاء في دار الاسلام ولا كنيسة
والمراد احداثها وان انهدمت البيع او الكنائس القديمة اعادوها لان الابنية لا تبقى
دائما ولما اقرهم الامام فقد عهد اليهم الاعادة الا انهم لا يمكنون من نقلها لانه احداث
في الحقيقة والصومعة للتخلي فيها بمنزلة البيعة بخلاف موضع الصلوة في البيت لانه تبع للسكنى وهذا
في الامصار دون القرى لان الامصار هي التي تقام فيها الشعائر فلا تعارض
باظهار ما يخالفها وقيل في ديارنا يمنعون من ذلك في القرى ايضا لان فيها
بعض الشعائر والمروي عن صاحب المذهب في قرى الكوفة لان اكثر
اهلها اهل الذمة وفي ارض العرب يمنعون من ذلك في امصارها وقراها
لقوله عم لا يجتمع دينان في جزيرة العرب قال ويؤخذ اهل الذمة بالتميز
عن المسلمين في زيهم ومراكبهم وسروجهم وقلانسهم فلا يركبون
الخيل ولا يعملون بالسلاح وفي الجامع الصغير ويؤخذ اهل الذمة باظهار
الكستيجات والركوب على السروج التي كهيئة الاكف وانما يؤخذون بذلك

لا في الماضي لان القتل انما يستوفى لحراب قائم في الحال لا لحراب ماض

اظهارا

اظهارا للصغار عليهم وصيانة لضعفة المسلمين ولان المسلم يكرم والذمي يهان
فلا يبتدأ بالسلام ويضيق عليهم الطريق ولو لم يكن لهم علامة مميزة فلعله يعامل معاملة
المسلمين وذلك لا يجوز والعلامة يجب ان يكون خيطا غليظا من الصوف يشده
على وسطه دون الزنار من الابريسم فانه جفاء في حق اهل الاسلام ويجب ان يتميز
نساؤهم عن نسائنا في الطرقات والحمامات ويجعل على دورهم علامات كيلا يقف عليها
سائل يدعو لهم بالمغفرة قالوا الاحق ان لا يتركوا ان يركبوا الا للضرورة فاذا ركبوا
للضرورة فلينزلوا في مجامع المسلمين فان لزمت الضرورة اتخذوا سروجا بالصفة
التي تقدمت ويمنعون عن لباس يختص به اهل العلم والزهد والشرف ومن امتنع عن
الجزية او قتل مسلما او سب النبي عم او زنى بمسلمة لم ينتقض عهده لان الغاية
التي ينتهي بها القتال التزام الجزية لا اداؤها والالتزام باق وقال الشافعي سب النبي
عم يكون نقضا لانه ينقض ايمانه وكذلك امانه اذ عقد الذمة خلف عنه ولنا
ان سب النبي عم كفر منه والمقارن لا يمنعه فالطارئ لا يرفعه قال ولا ينتقض
العهد الا وان يلتحق بدار الحرب او يغلبون على موضع فيحاربوننا لانهم صاروا
حربا علينا فيعرى عقد الذمة عن الفائدة وهو دفع شر الحراب واذا نقض الذمي العهد فهو بمنزلة
المرتد معناه في الحكم بموته باللحاق لانه التحق بالاموات وكذا في حكم ما حمله من ماله الا انه لو اسر
يسترق بخلاف المرتد فصل ونصارى بني تغلب يؤخذ من اموالهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين من الزكوة
لان عمر رض صالحهم على ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ويؤخذ من نسائهم ولا يؤخذ من صبيانهم
لان الصلح على الصدقة المضاعفة وقال زفر رح لا يؤخذ من نسائهم ايضا وهو قول الشافعي رحمه الله
لانه جزية في الحقيقة على ما قال عمر رض هذه جزية فسموها ما شئتم ولهذا يصرف مصارف
الجزية ولا جزية على النسوان ولنا انه مال وجب بالصلح والمرأة من اهل وجوب مثله عليها
والمصرف مصالح المسلمين لانه مال بيت المال وذلك لا يختص بالجزية الا يرى انه لا يراعى
فيه شرائطها ويوضع على مولى التغلبي الخراج اي الجزية وخراج الارض بمنزلة مولى القرشي وقال
زفر رح يضاعف لقوله عم مولى القوم منهم الا يرى ان مولى الهاشمي يلحق به في حق حرمة
الصدقة ولنا ان هذا تخفيف والمولى لا يلحق بالاصل فيه ولهذا توضع الجزية على مولى المسلم
اذا كان نصرانيا بخلاف حرمة الصدقة لان الحرمات تثبت بالشبهات فالحق المولى بالهاشمي

والصدقة تجب عليهن دون الصبيان وكذا المضاعفة صح

بالهاشمي في حقه لان الحرمات ولا يلزم مولى الغني حيث تحل له الصدقة لان الغني من اهلها وانما
الغنى مانع ولم يوجد في حق المولى اما الهاشمي فليس باهل لهذه الصلة اصلا لانه صين
لشرفه وكرامته عن اوساخ الناس فالحق به مولاه وما جباه الامام من الخراج ومن اموال
بني تغلب وما اهداه اهل الحرب الى الامام والجزية تصرف الى مصالح المسلمين كسد الثغور وبناء
القناطر والجسور ويعطى قضاة المسلمين وعمالهم وعلماؤهم منه ما يكفيهم ويدفع منه ارزاق
المقاتلة وذراريهم لانه مال بيت المال فانه وصل الى يد المسلمين من غير قتال وهو معد لمصالح المسلمين
وهؤلاء عملتهم ونفقة الذراري على الآباء فلو لم يعطوا كفايتهم لاحتاجوا الى الاكتساب فلا يتفرغون
للقتال ومن مات في نصف السنة فلا شيء له من العطاء لانه نوع صلة وليس بدين ولهذا سمي
عطاء فلا يملك قبل القبض ويسقط بالموت واهل العطاء في زماننا مثل القاضي والمدرس
والمفتي والله اعلم

باب احكام المرتدين

واذا ارتد المسلم عن الاسلام والعياذ بالله
عرض عليه الاسلام فان كانت له شبهة كشفت له لانه عساه اعترته شبهة فتزاح وفيه
دفع شره باحسن الامرين الا ان العرض على ما قالوا غير واجب لان الدعوة بلغته قال
ويحبس ثلاثة ايام فان اسلم والا قتل وفي الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام فان ابى
قتل وتأويل الاول انه يستمهل فيمهل ثلاثة ايام لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار
وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه يستحب ان يؤجله ثلاثة ايام ولا يحل له ان يقتله قبل
ذلك لان ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهرا فلا بد من مدة يمكنه التأمل فقدرناها
بالثلاث ولنا قوله تعالى اقتلوا المشركين من غير قيد الامهال وقوله عم من بدل دينه فاقتلوه ولانه
كافر حربي بلغته الدعوة فيقتل للحال من غير استمهال وهذا لانه لا يجوز تأخير الواجب لامر موهوم
ولا فرق بين الحر والعبد لاطلاق الادلة وكيفية توبته ان يتبرأ عن الاديان
كلها سوى الاسلام لانه لا دين له ولو تبرأ عما انتقل اليه كفاه لحصول المقصود قال فان
قتله قاتل قبل عرض الاسلام عليه كره ولا شيء على القاتل ومعنى الكراهة ههنا ترك المستحب
وانتفاء الضمان لان الكفر مبيح والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب واما المرتدة
فلا تقتل ولكن تحبس حتى تسلم وقال الشافعي تقتل لما روينا ولان ردة الرجل
مبيحة للقتل من حيث انه جناية متغلظة فيناط بها عقوبة متغلظة وردة المرأة
تشاركها في موجبها ولنا انه عم نهى عن قتل النساء ولان الاصل تأخير الاجزية الى

طلب ذلك او لم يطلب وعن ابي يوسف ان على الامام ان يؤجله ثلاثة ايام

الى دار الآخرة اذ تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء وانما عدل عنه دفعا لشر ناجز وهو الحراب ولا يتوجه
ذلك من النساء لعدم صلاحية البنية بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالاصلية قال رضي الله عنه
ولكن تحبس حتى تسلم لانها امتنعت عن ايفاء حق الله تعالى بعد الاقرار فتجبر على ايفائه بالحبس كما في
حقوق العباد وفي الجامع الصغير وتجبر المرأة على الاسلام حرة كانت او امة والامة يجبرها مولاها
اما الجبر فلما ذكرنا وجبر المولى لما فيه من الجمع بين الحقين ويروى تضرب في كل ايام مبالغة في الحمل
على الاسلام قال ويزول ملك المرتد عن امواله بردته زوالا مراعى فان اسلم عادت على حالها
قالوا هذا عند ابي حنيفة وعندهما لا يزول ملكه لانه مكلف محتاج فالى ان يقتل يبقى ملكه كالمحكوم عليه
بالرجم والقصاص وله انه حربي مقهور تحت ايدينا حتى يقتل ولا قتل الا بالحراب وهذا يوجب زوال
ملكه ومالكيته غير انه مدعو الى الاسلام بالاجبار عليه ويرجى عوده اليه فتوقفنا في امره
فان اسلم جعل العارض كأن لم يكن في حق هذا الحكم وصار كأن لم يزل مسلما فلم يعمل السبب
وان مات او قتل على ردته او لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر كفره فيعمل السبب عمله
وزال ملكه قال وان مات او قتل على ردته او لحق انتقل ما اكتسبه في حال الاسلام
الى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه في حال ردته فيئا وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد كلاهما لورثته وقال الشافعي كلاهما فيء لانه مات كافرا والمسلم لا يرث الكافر
ثم هو مال حربي لا امان له فيكون فيئا ولهما ان ملكه في الكسبين بعد الردة باق على ما بينا
فينتقل بموته الى ورثته ويستند الى ما قبيل ردته اذ الردة سبب الموت فيكون توريث المسلم
من المسلم ولابي حنيفة انه يمكن الاستناد في كسب الاسلام لوجوده قبل الردة ولا يمكن الاستناد
في كسب الردة لعدمه قبلها ومن شرطه وجوده قبل الردة ثم انما يرثه من كان وارثا له حالة الردة
وبقي وارثا الى وقت موته في رواية عن ابي حنيفة اعتبارا للاستناد وعنه انه يرثه من كان
وارثا له عند الردة ولا يبطل استحقاقه بموته بل يخلفه وارثه لان الردة بمنزلة الموت وعنه
انه يعتبر وجود الوارث عند الموت لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده
بمنزلة الولد الحادث من المبيع قبل القبض وترثه امرأته المسلمة اذا مات او قتل وهي في العدة لانه يصير
فارا وان كان صحيحا وقت الردة والمرتدة كسبها لورثتها لانه لا حراب منها فلم يوجد سبب الفيء
بخلاف المرتد عند ابي حنيفة ويرثها زوجها المسلم ان ارتدت وهي مريضة لقصدها ابطال حقه
وان كانت صحيحة لا يرثها لانها لا تقتل فلم يتعلق حقه بمالها بالردة بخلاف المرتد قال وان لحق بدار

الحرب مرتدا وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وامهات اولاده وحلت الديون التي عليه ونقل
ما اكتسبه في حال الاسلام الى ورثته المسلمين وقال الشافعي يبقى ماله موقوفا كما كان لانه نوع غيبة فاشبه
الغيبة في دار الاسلام ولنا انه باللحاق صار من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام الاسلام لانقطاع
ولاية الالزام كما هي منقطعة عن الموتى فصار كالموت الا انه لا يستقر لحاقه الا بالقضاء لكن يحتمل العود
الينا فلا بد من القضاء واذا تقرر موته ثبتت الاحكام المتعلقة به وهي ما ذكرنا كما في الموت
الحقيقي ثم يعتبر كونه وارثا عند لحاقه في قول محمد لان اللحاق هو السبب والقضاء لتقرره بقطع الاحتمال
وقال ابو يوسف وقت القضاء لانه يصير موتا بالقضاء والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا
وتقضى الديون التي لزمته في حالة الاسلام مما اكتسبه في حال الاسلام وما لزمه في حال ردته من
الديون مما اكتسبه في حال ردته قال رضي الله عنه هذه رواية عن ابي حنيفة وعنه انه يبدأ بكسب
الاسلام فان لم يف بذلك تقضى من كسب الردة وعنه على عكسه وجه الاول ان المستحق بالسببين
مختلف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب به الدين فيقضى كل دين من الكسب
المكتسب في تلك الحالة ليكون الغرم بالغنم وجه الثاني ان كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه الوارث
فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث فيقدم الدين عليه اما كسب الردة ليس
بمملوك له لبطلان اهلية الملك بالردة عنده فلا يقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه
من محل آخر فحينئذ يقضى منه كالذمي اذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين ولو كان
عليه دين يقضى منه كذلك ههنا وجه الثالث ان كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة
خالص حقه فكان قضاء الدين منه اولى الا اذا تعذر بان لم يف به فحينئذ يقضى دينه من
كسب الاسلام تقديما لحقه وقال ابو يوسف ومحمد يقضى ديونه من الكسبين لانهما
جميعا ملكه حتى يجري الارث فيهما قال وما باعه او اشتراه او اعتقه او رهنه او وهبه
او تصرف فيه من امواله في حال ردته فهو موقوف فان اسلم صحت عقوده وان مات
او قتل او لحق بدار الحرب بطلت وهذا عند ابي حنيفة وقالا يجوز ما صنع في الوجهين
اعلم ان تصرفات المرتد على اقسام نافذ بالاجماع كالاستيلاد والطلاق لانه لا يفتقر الى حقيقة
الملك وتمام الولاية وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لانه يعتمد الملة ولا ملة له
وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة لانها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد
ما لم يسلم ومختلف في توقفه وهو ما عددناه لهما ان الصحة تعتمد الاهلية والنفاذ

يعتمد الملك

الملك ولا خفاء في وجود الاهلية لكونه مخاطبا وكذا الملك لقيامه قبل موته على ما قررناه
من قبل ولهذا لو ولدت له ولد بعد الردة لستة اشهر من اعراضه صح ثبت نسبه وورثه ولو مات ولده
بعد الردة قبل الموت لا يرثه فيصح تصرفاته الا ان عند ابي يوسف تصح كما تصح من الصحيح
لان الظاهر عوده الى الاسلام اذ الشبهة تزاح فلا يقتل فصار كالمرتدة وعند محمد
تصح كما تصح من المريض لان من انتحل الى نحلة لا سيما معرضا عما نشأ عليه قلما يتركه فيفضي الى القتل
ظاهرا بخلاف المرتدة لانها لا تقتل ولابي حنيفة انه حربي مقهور تحت ايدينا على ما قررناه في توقف
الملك وتوقف التصرفات بناء عليه وصار كالحربي يدخل دارنا بغير امان فيؤخذ ويقهر فتتوقف تصرفاته
لتوقف حاله وكذا المرتد لاستحقاقه القتل لبطلان سبب العصمة في الفصلين فاوجب خللا
في الاهلية بخلاف الزاني وقاتل العمد لان الاستحقاق في ذلك جزاء على الجناية وبخلاف المرأة
لانها ليست حربية ولهذا لا تقتل فان عاد المرتد بعد ما حكم الحاكم بلحاقه الى دار الاسلام مسلما فما وجده
في يد ورثته من ماله بعينه اخذه لان الوارث انما يخلفه فيه لاستغنائه واذا عاد مسلما احتاج
اليه فيقدم عليه بخلاف ما اذا ازاله الوارث عن ملكه وبخلاف امهات اولاده ومدبريه لان القضاء
قد صح بدليل مصحح فلا ينتقض ولو جاء مسلما قبل ان يقضي القاضي بذلك فكانه لم يزل مسلما لما ذكرنا
واذا وطئ المرتد جارية نصرانية كانت له في حالة الاسلام فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر منذ
ارتد وادعاه فهي ام ولده والولد حر وهو ابنه ولا يرثه وان كانت الجارية مسلمة ورثه الابن
ان مات على الردة او لحق بدار الحرب اما صحة الاستيلاد فلما قلنا واما الارث فلان الام اذا كانت
نصرانية فالولد يتبع له لقربه الى الاسلام للجبر عليه فصار في حكم المرتد والمرتد لا يرث المرتد اما اذا
كانت الجارية مسلمة فالولد مسلم تبعا لها لانها خيرهما دينا والمسلم يرث المرتد واذا لحق المرتد
بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو فيء وان لحق ثم رجع واخذ مالا والحقه بدار الحرب
فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة رد عليهم لان الاول مال لم يجر فيه الارث
والثاني انتقل الى ورثته بقضاء القاضي بلحاقه فكان الوارث مالكا قديما واذا لحق المرتد
بدار الحرب وله عبد فقضي به لابنه فكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جائزة والمكاتبة
والولاء للمرتد الذي اسلم لانه لا وجه الى بطلان الكتابة لنفوذها بدليل منفذ فجعلنا الوارث
الذي يكون خلفه كالوكيل من جهته وحقوق العقد فيه ترجع الى الموكل والولاء لمن يقع العتق عنه
واذا قتل المرتد رجلا خطأ ثم لحق بدار الحرب او قتل على ردته فالدية في مال اكتسبه في حال

الاسلام خاصة عند ابي حنيفة رح وفيما اكتسبه في حالة الاسلام والردة لان العواقل
لا تعقل المرتد لانعدام النصرة فيكون في ماله وعندهما الكسبان جميعا ماله لنفوذ تصرفاته في الحالين ولهذا
يجري الارث فيهما عندهما وعنده ماله المكتسب في حال الاسلام لنفوذ تصرفه دون المكتسب في الردة
لتوقف تصرفه ولهذا كان الاول ميراثا عنه والثاني فيئا عنده واذا قطعت يد المسلم عمدا فارتد والعياذ
بالله ثم مات على ردته من ذلك او لحق بدار الحرب ثم جاء مسلما فمات من ذلك فعلى القاطع نصف
الدية في ماله للورثة اما الاول فلان السراية حلت محلا غير معصوم فاهدرت بخلاف ما اذا
قطع يد المرتد ثم اسلم فمات من ذلك لان الاهدار لا يلحقه الاعتبار اما المعتبر قد يهدر بالابراء
فكذلك بالردة واما الثاني وهو ما اذا لحق ومعناه اذا قضي بلحاقه فلانه صار ميتا تقديرا
والموت يقطع السراية واسلامه حيوة حادثة في التقدير فلا يعود حكم الجناية الاولى واذا لم يقض
القاضي بلحاقه فهو على الخلاف الذي نبينه ان شاء الله تعالى قال وان لم يلحق واسلم ثم مات فعليه
الدية كاملة وهذا عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح وزفر عليه في جميع ذلك نصف الدية
لان اعتراض الردة اهدر السراية فلا ينقلب بالاسلام الى الضمان كما اذا قطع يد مرتد فاسلم
ولهما ان الجناية وردت على محل معصوم وتمت فيه فيجب ضمان النفس كما اذا لم يتخلل الردة وهذا
لانه لا معتبر بقيام العصمة في حال بقاء الجناية وانما المعتبر قيامها في حال انعقاد السبب وفي حال ثبوت
الحكم وحالة البقاء بمعزل من ذلك كله وصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين واذا ارتد المكاتب
ولحق بدار الحرب واكتسب مالا فاخذ بماله فابى ان يسلم فقتل فانه يوفى مولاه مكاتبته وما بقي فلورثته
وهذا ظاهر على اصلهما لان كسب الردة ملكه اذا كان حرا وكذا اذا كان مكاتبا اما عند ابي حنيفة رح
فلان المكاتب انما يملك اكتسابه بالكتابة والكتابة لا تتوقف بالردة فكذا اكسابه الا يرى انه
لا يتوقف تصرفه بالاقوى وهو الرق فكذا بالادنى بطريق الاولى واذا ارتد الرجل وامرأته
والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة في دار الحرب وولدت ولدا وولد لولدها ولد
فظهر عليهم جميعا فالولدان فيء لان المرتدة تسترق فيتبعها ولدها ويجبر الولد الاول على الاسلام
ولا يجبر ولد الولد وروى الحسن عن ابي حنيفة رح انه يجبر تبعا للجد واصله التبعية في الاسلام
وهي رابعة اربع مسائل كلها على الروايتين والثانية صدقة الفطر والثالثة جر الولاء والاخرى
الوصية للقرابة قال وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند ابي حنيفة رح ومحمد رح ويجبر على الاسلام
ولا يقتل واسلامه اسلام ولا يرث ابويه اذا كانا كافرين وقال ابو يوسف رح ارتداده ليس

بارتداد

بارتداد واسلامه اسلام وقال زفر والشافعي رح اسلامه ليس باسلام وارتداده ليس بارتداد
لهما في الاسلام انه يتبع لابويه فيه فلا يجعل اصلا ولانه يلزمه احكام تشوبها المضرة فلا يؤهل له
ولنا فيه ان عليا رضي الله عنه اسلم في صباه وصحح النبي عم اسلامه وافتخاره بذلك مشهور
ولانه اتى بحقيقة الاسلام وهو التصديق والاقرار معه لان الاقرار عن طوع دليل على الاعتقاد
على ما عرف والحقائق لا ترد وما يتعلق به سعادة ابدية ونجاة عقبائية وهي من اجل المنافع
وهو الحكم الاصلي ثم يبتنى عليه غيرها فلا يبالى بما يشوبه ولهم في الردة انها مضرة محضة بخلاف
الاسلام على اصل ابي يوسف رح لانه يتعلق به اعلى المنافع على ما مر ولابي حنيفة رح ومحمد رح انها
موجودة حقيقة ولا مرد للحقيقة كما قلنا في الاسلام الا انه يجبر على الاسلام لما فيه من النفع له
ولا يقتل لانه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم وهذا في الصبي الذي يعقل ومن لا يعقل
من الصبيان لا يصح ارتداده لان اقراره لا يدل على تغيير العقيدة وكذلك المجنون والسكران الذي
لا يعقل باب البغاة واذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا من طاعة الامام دعاهم الى العود
وكشف عن شبهتهم لان عليا رضي الله عنه فعل ذلك باهل حروراء قبل قتالهم ولانه اهون الامرين
ولعل الشر يندفع به فيبدأ به ولا يبدأ بقتالهم حتى يبدؤه فان بدؤه قاتلهم حتى يفرق جمعهم
قال رضي الله عنه هكذا ذكر القدوري في مختصره وذكر الامام المعروف بخواهر زاده ان عندنا يجوز
ان يبدأ بقتالهم اذا تعسكروا واجتمعوا وقال الشافعي رح لا يجوز حتى يبدؤا بالقتال حقيقة لانه
لا يجوز قتل مسلم الا دفعا وهم مسلمون بخلاف الكافر لان نفس الكفر مبيح عنده ولنا ان الحكم
يدار على الدليل وهو الاجتماع والامتناع وهذا لانه لو انتظر الامام حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه
الدفع فيدار على الدليل ضرورة دفع شرهم فاذا بلغه انهم يشترون السلاح ويتأهبون للقتال
ينبغي ان يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا التوبة دفعا للشر بقدر الامكان والمروي
عن ابي حنيفة رح من لزوم البيت محمول على حال عدم الامام اما اعانة الامام الحق فمن الواجب عند
الغناء والقدرة فان كانت لهم فئة اجهز على جريحهم واتبع موليهم دفعا لشرهم كيلا يلحقوا بهم
ولم يتبع على موليهم لاندفاع الشر دونه وقال الشافعي رح لا يجوز ذلك في الحالين لان القتال
اذا تركوه لم يبق قتلهم دفعا وجوابه ما ذكرناه ان المعتبر دليله لا حقيقته ولا يسبى لهم ذرية
ولا يقسم لهم مال لقول علي رضي الله عنه يوم الجمل ولا يقتل اسير ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال
وهو القدوة في هذا الباب وقوله في الاسير تأويله اذا لم يكن لهم فئة فان كانت يقتل

الى الجماعة

وان لم يكن لهم فئة لا يجهز على جريحهم

الامام الاسير وان شاء حبسه لما ذكرنا ولانهم مسلمون والاسلام يعصم النفس والمال ولا بأس
بان يقاتلوا بسلاحهم اذا احتاج المسلمون اليه وقال الشافعي رح لا يجوز والكراع على هذا الخلاف
له انه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به الا برضاه ولنا ان عليا رضي الله عنه قسم السلاح فيما بين
اصحابه بالبصرة وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك ولان للامام ان يفعل ذلك في مال العادل
عند الحاجة ففي مال الباغي اولى والمعنى فيه الحاق الضرر الادنى لدفع الاعلى ويحبس الامام اموالهم فلا
يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم اما عدم القسمة فلما بينا واما الحبس فلدفع شرهم
بكسر شوكتهم ولهذا يحبسها عنهم وان كان لا يحتاج اليها الا انه يبيع الكراع لان حبس الثمن انظر
وايسر واما الرد بعد التوبة فلاندفاع الضرورة ولا استغنام فيها وما جباه اهل البغي من
البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لم يأخذه الامام ثانيا لان ولاية الاخذ له باعتبار الحماية
ولم يحمهم فان كانوا صرفوه في حقه اجزى من اخذ منه لوصول الحق الى مستحقه قال رضي الله عنه قالوا
لا اعادة عليهم من الخراج لانهم مقاتلة فكانوا مصارف وان كانوا اغنياء وفي العشر اذا كانوا
فقراء كذلك لانه حق الفقراء وقد بيناه من الزكوة وفي المستقبل يأخذه الامام لانه يحميهم فيه لظهور
ولايته ومن قتل رجلا وهما من عسكر اهل البغي ثم ظهر عليهم فليس عليهم شيء لانه لا ولاية
لامام العدل حين القتل فلم ينعقد موجبا كالقتل في دار الحرب وان غلبوا على مصر فقتل
رجل من اهل المصر رجلا من اهل المصر عمدا ثم ظهر عليه فانه يقتص منه وتأويله اذا لم يجر على
اهله احكامهم وازعجوا قبل ذلك وفي ذلك لم ينقطع ولاية الامام فيجب القصاص واذا قتل
رجل من اهل العدل باغيا فانه يرثه وان قتله الباغي وقال كنت على حق وانا الآن على
حق ورثه وان قال قتلته وانا اعلم انني على الباطل لم يرثه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح
وقال ابو يوسف رح لا يرث الباغي في الوجهين وهو قول الشافعي واصله ان
العادل اذا اتلف نفس الباغي او ماله لا يضمن ولا يأثم لانه مامور بقتالهم دفعا
لشرهم والباغي اذا قتل العادل لا يجب الضمان عندنا ويأثم وقال الشافعي رحمه الله
في القديم انه يجب وعلى هذا الخلاف اذا تاب المرتد وقد اتلف نفسا او مالا له انه اتلف
مالا معصوما او قتل نفسا معصومة فيجب الضمان اعتبارا بما قبل المنعة ولنا اجماع الصحابة
رضي الله عنهم رواه الزهري رح ولانه اتلف عن تأويل فاسد والفاسد منه ملحق بالصحيح
اذا ضمت اليه المنعة في حق الدفع كما في منعة اهل الحرب وتأويلهم وهذا لان الاحكام لا بد
لا بد فيها من الالزام او الالتزام ولا التزام لاعتقاد الاحكام باحة عن تأويل ولا الزام

وان لم يكونوا صرفوه في حقه فعلى اهله فيما بينه
وبين الله تعالى ان يعيدوا ذلك لانه لم يصل
الى مستحقه صح

لعدم

لعدم الولاية لوجود المنعة والولاية باقية قبل المنعة وعند عدم التأويل يثبت الالتزام اعتقادا
بخلاف الاثم لانه لا منعة في حق الشرع اذا ثبت هذا فنقول قتل العادل الباغي قتل
بحق فلا يمنع الارث ولابي يوسف رح في قتل الباغي العادل ان التأويل الفاسد انما
يعتبر في حق الدفع والحاجة ههنا الى استحقاق الارث ولهما فيه انه دفع الحرمان
ايضا اذ القرابة سبب الارث فيعتبر الفاسد فيه الا ان من شرطه بقاؤه على ديانته
فاذا قال كنت على الباطل لم يوجد الدافع فوجب الضمان قال ويكره بيع السلاح
لاهل الفتنة وفي عساكرهم لانه اعانة على المعصية وليس ببيعه بالكوفة من اهل الكوفة
ممن لم يعرفه من اهل الفتنة بأس لان الغلبة في الامصار لاهل الصلاح وانما يكره
بيع نفس السلاح لا بيع ما لا يقاتل به الا بالصنعة الا ترى انه يكره بيع المعازف ولا يكره
بيع الخشب وعلى هذا الخمر مع العنب كتاب اللقيط اللقيط يسمى به باعتبار ماله لما انه يلقط والالتقاط
مندوب اليه لما فيه من احيائه وان غلب على ظنه ضياعه فواجب قال اللقيط حر لان الاصل
في بني آدم الحرية وكذا الدار دار الاحرار ولان الحكم للغالب ونفقته من بيت المال هو المروي
عن عمر رضي الله عنهما ولانه مسلم عاجز عن الكسب ولا مال له ولا قرابة فاشبه المقعد الذي لا
مال له ولان ميراثه لبيت المال والخراج بالضمان ولهذا كانت جنايته فيه والملتقط متبرع
في الانفاق عليه لعدم الولاية الا ان يأمره القاضي به ليكون دينا عليه لعموم الولاية قال فان
التقطه رجل لم يكن لغيره ان يأخذه منه لانه ثبت حق الحفظ له لسبق يده فان ادعى مدع انه
ابنه فالقول قوله معناه اذا لم يدع الملتقط نسبه وهذا استحسان والقياس ان لا يقبل قوله لانه
يتضمن ابطال حق الملتقط وجه الاستحسان انه اقرار للصبي بما ينفعه لانه يتشرف بالنسب
ويعير بعدمه ثم قيل يصح في حقه دون ابطال يد الملتقط وقيل يبتني عليه بطلان يده ولو ادعاه
الملتقط قيل يصح قياسا واستحسانا والاصح انه على القياس والاستحسان وقد عرف في الاصل
وان ادعاه اثنان ووصف احدهما علامة في جسده فهو اولى به لان الظاهر شاهد له
لموافقة العلامة كلامه وان لم يصف احدهما علامة فهو ابنهما لاستوائهما في السبب ولو سبقت
دعوة احدهما فهو ابنه لانه ثبت حقه في زمان لا منازع له فيه الا اذا اقام الآخر البينة لان
البينة اقوى واذا وجد في مصر من امصار المسلمين او في قرية من قراهم فادعى ذمي انه
ابنه ثبت النسب منه وكان مسلما تبعا للدار وهذا استحسان لان دعواه تضمن النسب

وهو نافع للصغير وابطال المسلمين الاسلام الثابت بالدار وهو يضره فصحت دعوته
فيما ينفعه دون ما يضره فان وجد في قرية من قرى اهل الذمة او في بيعة او كنيسة كان ذميا
وهذا الجواب فيما اذا كان الواجد ذميا رواية واحدة وان كان الواجد مسلما في
هذا المكان او ذميا وهذا الجواب في مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه ففي كتاب اللقيط
اعتبر المكان لسبقه وفي كتاب الدعوى في بعض النسخ اعتبر الواجد وهو رواية ابن سماعة
عن محمد رح لقوة اليد الا ترى ان تبعية الابوين فوق تبعية الدار حتى اذا سبي الصغير مع احدهما
يعتبر كافرا وفي بعض النسخ اعتبر الاسلام نظرا للصغير قال ومن ادعى ان اللقيط عبده لم يقبل
منه لانه حر ظاهرا الا ان يقيم البينة انه عبده فان ادعى عبد انه ابنه ثبت نسبه منه لانه ينفعه
وكان حرا لان المملوك قد تلد له الحرة فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك والحر في دعوته اللقيط
اولى من العبد والمسلم من الذمي ترجيحا لما هو الانظر في حقه واذا وجد مع اللقيط مال مشدود
عليه فهو له اعتبارا للظاهر وكذا اذا كان مشدودا على دابة هو عليها لما ذكرنا ثم يصرفه الواجد اليه بامر
القاضي لانه مال ضائع وللقاضي ولاية صرف مثله اليه وقيل يصرفه بغير امر القاضي لانه للقيط
ظاهرا وله ولاية الانفاق وشراء ما لا بد منه كالطعام والكسوة لانه من الانفاق ولا يجوز
تزويج الملتقط لانعدام سبب الولاية من القرابة والملك والسلطنة قال ولا يجوز تصرفه
في مال اللقيط اعتبارا بالام وهذا لان ولاية التصرف لتثمير المال وذلك يتحقق بالراي الكامل
والشفقة الوافرة والموجود في كل منهما احدهما ويجوز ان يقبض له الهبة لانه نفع محض ولهذا
يملكه الصغير بنفسه اذا كان عاقلا وتملكه الام ووصيها قال ويسلمه في صناعة لانه من باب
تثقيفه وحفظ حاله قال ويؤاجره قال رضي الله عنه وهذه رواية القدوري في مختصره وفي الجامع الصغير
لا يجوز ان يؤاجره ذكره في الكراهية وهو الاصح وجه الاول انه يرجع الى تثقيفه ووجه الثاني
انه لا يملك اتلاف منافعه فاشبه العم بخلاف الام لانها تملكه على ما نذكر في باب الكراهية
ان شاء الله تعالى

كتاب اللقطة

اللقطة امانة اذا اشهد الملتقط انه يأخذها
ليحفظها ويردها على صاحبها لان الاخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعا بل هو الافضل
عند عامة العلماء وهو الواجب اذا خاف الضياع على ما قالوا واذا كان كذلك لا تكون
مضمونة عليه وكذا اذا تصادقا انه اخذها للمالك لان تصادقهما حجة في حقهما وصار كالبينة
ولو اقر انه اخذه لنفسه يضمن بالاجماع لانه اخذ مال غيره بغير اذنه وبغير اذن الشرع

فان

فان لم يشهد الشهود عليه وقال الاخذ اخذته للمالك وكذبه المالك يضمن عند ابي حنيفة
ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا يضمن والقول قوله لان الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة
دون المعصية ولهما انه اقر بسبب الضمان وهو اخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو
الاخذ لمالكه وفيه وقع الشك فلا يبرأ وما ذكره من الظاهر يعارضه مثله لان الظاهر
ان يكون المتصرف عاملا لنفسه ويكفيه في الاشهاد ان يقول من سمعتموه ينشد لقطة
فدلوه علي واحدة كانت اللقطة او اكثر لانه اسم جنس قال فان كانت اقل من
عشرة دراهم عرفها اياما وان كانت عشرة فصاعدا عرفها حولا قال رضي الله عنه وهذه رواية
عن ابي حنيفة رح وقوله اياما معناه على حسب ما يرى وقدره محمد رح في الاصل بالحول من
غير فصل بين القليل والكثير وهو قول مالك والشافعي رح لقوله عم من التقط شيئا
فليعرفه سنة من غير فصل وجه الاول ان التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مائة دينار
تساوي الف درهم والعشرة وما فوقها في معنى الالف في تعلق القطع به في السرقة
وتعلق استحلال الفرج به في النكاح وليست في معناها في حق تعلق الزكوة فاوجبنا التعريف
بالحول احتياطا وما دون العشرة ليس في معنى الالف بوجه ما ففوضنا الى راي المبتلى
به وقيل الصحيح ان شيئا من هذه المقادير ليس بلازم ويفوض الى راي الملتقط يعرفها الى
ان يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق بها وان كانت شيئا
لا يبقى عرفه حتى اذا خاف ان يفسد تصدق به وينبغي ان يعرفها في الموضع الذي
اصابها وفي المجامع فان ذلك اقرب الى الوصول الى صاحبها وان كانت اللقطة
شيئا يعلم ان صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشر الرمان يكون القاؤه اباحة حتى جاز
الانتفاع به من غير تعريف ولكنه مبقى على ملك مالكه لان التمليك من المجهول لا يصح قال
فان جاء صاحبها والا تصدق بها ايصالا للحق الى المستحق وهو واجب بقدر الامكان
وذلك بايصال عينها عند الظفر بصاحبها وايصال العوض وهو الثواب على اعتبار
اجازته التصدق بها وان شاء امسكها رجاء الظفر بصاحبها قال فان جاء
صاحبها يعني بعد ما تصدق بها فهو بالخيار ان شاء امضى الصدقة وله ثوابها لان التصدق
وان حصل باذن الشرع لم يحصل باذنه فيتوقف على اجازته والملك يثبت للفقير قبل الاجازة
فيه وان شاء ضمن الملتقط لانه سلم ماله الى غيره بغير اذنه الا انه باباحة من جهة الشرع وهذا

لا ينافي الضمان حقا للعبد كما في تناول مال الغير حالة المخمصة وان شاء ضمن المسكين
اذا هلك في يده لانه قبض ماله بغير اذنه وان كان قائما اخذه لانه وجد عين ماله قال
ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير وقال مالك والشافعي رح اذا وجد البقر والبعير
في الصحراء فالترك افضل وعلى هذا الخلاف الفرس لهما ان الاصل في اخذ مال الغير
الحرمة والاباحة مخافة الضياع وان كان معها ما يدفع عن نفسها يقل الضياع
لكنه يتوهم فيقضى بالكراهة والندب الى الترك ولنا انها لقطة يتوهم ضياعها
فيستحب اخذها وتعريفها صيانة لاموال الناس كما في الشاة فان انفق الملتقط عليها
بغير اذن الحاكم فهو متبرع لقصور ولايته عن ذمة المالك وان انفق بامره كان ذلك دينا
على صاحبها لان للقاضي ولاية في مال الغائب نظرا له وقد يكون النظر في الانفاق على
ما نبين ان شاء الله تعالى واذا رفع ذلك الى الحاكم نظر فيه فان كان للبهيمة منفعة
آجرها وانفق عليها من اجرتها لان فيه ابقاء العين على ملكه من غير الزام الدين عليه
وكذلك يفعل بالعبد الآبق وان لم يكن لها منفعة وخاف ان يستغرق النفقة قيمتها
باعها وامر بحفظ ثمنها ابقاء له معنى عند تعذر ابقائه صورة وان كان الاصلح
الانفاق عليها اذن في ذلك وجعل النفقة دينا عليه مالكها لانه نصب ناظرا وفي ذلك نظر
من الجانبين قالوا وانما يأمر بالانفاق يومين او ثلثة ايام على قدر ما يرى رجاء
ان يظهر مالكها فاذا لم يظهر يأمر ببيعها لان دارة النفقة مستأصلة فلا نظر
في الانفاق مدة مديدة قال رضي الله عنه وفي الاصل شرط اقامة البينة وهو
الصحيح لانه يحتمل ان يكون غصبا في يده فلا يأمر فيه بالانفاق وانما يأمر في الوديعة فلا بد
من البينة لكشف الحال وليست تقام للقضاء وان قال لا بينة لي يقول القاضي له انفق
عليه ان كنت صادقا فيما قلت حتى ترجع على المالك ان كان صادقا ولا يرجع ان كان
غاصبا وقوله في الكتاب وجعل النفقة دينا على صاحبها اشارة الى انه انما يرجع على
المالك بعدما حضر ولم تبع اللقطة اذا شرط القاضي الرجوع على المالك وهذه رواية
وهي الاصح قال واذا حضر يعني المالك فللملتقط ان يمنعها منه حتى يحضر النفقة لانه
حيي بنفقته فصار كانه استفاد الملك من جهته فاشبه المبيع واقرب من ذلك
راد الآبق فان له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه

اشارة الى قوله لانه حيي بنفقته كفاية

فيد

في يد الملتقط قبل الحبس ويسقط اذا هلك بعد الحبس لانه يصير بالحبس شبيه الرهن قال
ولقطة الحل والحرم سواء وقال الشافعي رح يجب التعريف الى ان يجيء صاحبها لقوله عليه السلام
في الحرم ولا يحل لقطتها الا لمنشدها ولنا قوله عم اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها
سنة من غير فصل ولانها لقطة وفي التصدق بعد مدة التعريف ابقاء ملك المالك من وجه
فيملكه كما في سائرها وتاويل ما روي انه لا يحل الالتقاط الا للتعريف والتخصيص بالحرم لبيان
انه لا يسقط التعريف فيه لمكان انه للغرباء ظاهرا واذا حضر رجل فادعى اللقطة لم يدفع اليه
حتى يقيم البينة فان اعطى علامتها حل للملتقط ان يدفعها اليه ولا يجبر على ذلك في القضاء
وقال مالك والشافعي رح يجبر والعلامة مثل ان يسمي وزن الدراهم وعددها ووكاءها ووعاءها
لهما ان صاحب اليد ينازعه في اليد ولا ينازعه في الملك فيشترط الوصف لوجود المنازعة من وجه
ولا يشترط اقامة البينة لعدم المنازعة من وجه ولنا ان اليد حق مقصود كالملك
فلا يستحق الا بحجة وهو البينة اعتبارا بالملك الا انه يحل له الدفع عند اصابة العلامة لقوله عم
فان جاء صاحبها وعرف عفاصها وعددها فادفعها اليه وهذا للاباحة عملا بالمشهور
وهو قوله عم البينة للمدعي الحديث ويأخذ منه كفيلا ان كان يدفعها اليه استيثاقا وهذا بلا خلاف
لانه يأخذ الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لوارث غائب عند ابي حنيفة رح واذا صدقه قيل لا يجبر على الدفع
كالوكيل بقبض الوديعة وقيل يجبر لان المالك ههنا غير ظاهر والمودع مالك ظاهرا ولا يتصدق
باللقطة على غني لان المأمور به هو التصدق لقوله تعالى لقوله عم فان لم يأت صاحبها فليتصدق
بها والتصدق لا يكون على غني فاشبه الصدقة المفروضة فان كان الملتقط غنيا لم يجز له
ان ينتفع بها وقال الشافعي رح يجوز لقوله عم في حديث ابي رض فان جاء صاحبها فادفعها اليه
والا فانتفع بها وكان من المياسير ولانه انما يباح للفقير حملا له على رفعها صيانة لها والغني
يشاركه فيه ولنا انه مال الغير فلا يباح له الانتفاع به الا برضاه لاطلاق النصوص والاباحة
للفقير لما رويناه او بالاجماع فيبقى ما وراءه على الاصل والغني محمول على الاخذ لاحتمال
افتقاره في مدة التعريف والفقير قد يتوانى لاحتمال استغنائه فيها لما فيه من تحقيق النظر من
الجانبين ولهذا جاز الدفع الى فقير غيره وكذا اذا كان الفقير اباه او ابنه او زوجته وان كان
هو غنيا لما ذكرنا كتاب الاباق قال الآبق اخذه افضل في حق من يقوى عليه لما فيه من احيائه
واما الضال فقد قيل كذلك وقد قيل تركه افضل لانه لا يبرح مكانه فيجده المالك ولا كذلك الآبق

لقوله تعالى ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وقوله ولا تعتدوا وقوله ومن اعتدى عليكم كفاية

وانتفاع ابي رض كان باذن الامام وهو جائز باذنه وان كان الملتقط فقيرا فلا بأس بان ينتفع بها صح

ثم آخذ الآبق يأتي به الى السلطان لانه لا يقدر على حفظه بنفسه بخلاف اللقطة ثم اذا رفع الآبق اليه
يحبسه ولو رفع الضال لا يحبسه لانه لا يؤمن على الآبق الاباق ثانيا بخلاف الضال ومن رد
الآبق على مولاه من مسيرة ثلثة ايام فصاعدا فله عليه جعله اربعون درهما فان رده لاقل من ذلك
فبحسابه وهذا استحسان والقياس ان لا يكون له شيء الا بالشرط وهو قول الشافعي لانه متبرع بمنافعه
فاشبه العبد الضال ولنا ان الصحابة رض اتفقوا على وجوب اصل الجعل الا ان منهم من اوجب اربعين
ومنهم من اوجب ما دونها فاوجبنا الاربعين في مسيرة السفر وما دونها فيما دونها توفيقا وتلفيقا
ولان ايجاب الجعل اصله حامل على الرد اذ الحسبة نادر فتحصل صيانة اموال الناس والتقدير
بالسمع ولا سمع في الضال فامتنع ولان الحاجة الى صيانة الضال دونها الى صيانة الآبق
لانه لا يتوارى والآبق يختفي ويقدر الرضخ في الرد عما دون السفر باصطلاحهما او يفوض الى رأي القاضي
وقيل تقسم الاربعون على الايام الثلثة اذ هي اقل مدة السفر قال وان كانت قيمته اقل من اربعين
يقضي له بقيمته الا درهما قال رضي الله عنه وهذا قول محمد رح وقال ابو يوسف رح له اربعون درهما
لان التقدير بها ثبت بالنص فلا ينقص عنها ولهذا لا يجوز الصلح على الزيادة بخلاف الصلح
على الاقل لانه حط منه ولمحمد رح ان المقصود حمل الغير على الرد ليحيى مال المالك فينقص درهم ليسلم له
شيء تحقيقا للفائدة وام الولد والمدبر في هذا بمنزلة القن اذا كان الرد في حيوة المولى لما
مر من احياء ملكه ولو ردهما بعد مماته لا جعل فيهما لانهما يعتقان بالموت بخلاف القن ولو كان
الراد ابا المولى او ابنه وهو في عياله او احد الزوجين على الآخر فلا جعل لان هؤلاء يتبرعون
بالرد عادة ولا يتناولهم اطلاق الكتاب قال وان ابق من الذي رده فلا شيء عليه
لانه امانة في يده لكن هذا اذا اشهد وقد ذكرناه في اللقطة قال رضي الله عنه وذكر
في بعض النسخ انه لا شيء له وهو صحيح ايضا لانه في معنى البائع من المالك ولهذا كان له ان
يحبس الآبق حتى يستوفي الجعل بمنزلة البائع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن وكذا اذا مات في يده
لا شيء عليه لما قلنا ولو اعتقه المولى كما لقيه صار قابضا بالاعتاق كما في العبد المشترى وكذا
اذا باعه من الراد لسلامة البدل له والرد وان كان له حكم البيع لكنه بيع من وجه فلا يدخل
تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يقبض فجاز قال وينبغي اذا اخذه ان يشهد انه يأخذه
ليرده فالاشهاد حتم فيه على قول ابي حنيفة ومحمد رح حتى لو رده من لم يشهد وقت
الاخذ لا جعل له عندهما لان ترك الاشهاد امارة انه اخذه لنفسه وصار كما اذا اشتراه

من الآخذ او اتهبه او ورثه فرده على مولاه لا جعل له لانه رده لنفسه الا اذا اشهد انه اشتراه
ليرده فيكون له الجعل وهو متبرع في اداء الثمن وان كان الآبق رهنا فالجعل على المرتهن لانه
احيى ماليته بالرد وهي حقه اذ الاستيفاء منها فالجعل بمقابلة احياء المالية فيكون عليه والرد
في حيوة الراهن وبعده سواء لان الرهن لا يبطل بالموت وهذا اذا كانت قيمته مثل الدين
او اقل منه وان كانت اكثر فبقدر الدين عليه والباقي على الراهن لان حقه بالقدر المضمون
فصار كثمن الدواء وتخليصه عن الجناية بالفداء وان كان مديونا فعلى المولى ان اختار
قضاء الدين وان بيع بدئ بالجعل والباقي للغرماء لانه مؤنة الملك والملك فيه كالموقوف
فيجب على من يستقر له وان كان جانيا فعلى المولى ان اختار الفداء لعود المنفعة اليه وعلى الاولياء
ان اختار الدفع لعودها اليهم وان كان موهوبا فعلى الموهوب له وان رجع الواهب في هبته بعد الرد
لان المنفعة للواهب ما حصلت بالرد بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد وان كان لصبي
فالجعل في ماله لانه مؤنة ملكه وان رده وصيه فلا جعل له لانه هو الذي يتولى الرد فيه

كتاب المفقود

اذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ولا يعلم أحي هو او ميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه
ويستوفي حقه لان القاضي نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود بهذه الصفة وصار
كالصبي والمجنون وفي نصب الحافظ لماله والقائم عليه نظر له وقوله يستوفي حقه لاخفاء انه يقبض
غلاته والدين الذي اقر به غريم من غرمائه لانه من باب الحفظ ويخاصم في دين وجب بعقده لانه
اصيل في حقوقه ولا يخاصم في الذي تولاه المفقود ولا في نصيب له في عقار او عروض في يد رجل
لانه ليس بمالك ولا نائب عنه انما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي وانه لا يملك الخصومة
بلا خلاف وانما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين واذا كان كذلك يتضمن
الحكم به قضاء على الغائب وانه لا يجوز الا اذا رآه القاضي وقضى به لانه مجتهد فيه
ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي لانه يتعذر عليه حفظ صورته ومعناه فينظر له
بحفظ المعنى ولا يبيع ما لا يخاف عليه الفساد في نفقة ولا غيرها لانه لا ولاية له على الغائب
الا في حفظ ماله فلا يسوغ له ترك حفظ الصورة وهو ممكن قال وينفق على زوجته واولاده
من ماله وليس هذا الحكم مقصورا على الاولاد بل يعم جميع قرابة الولاد والاصل ان كل
من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضي ينفق عليه من ماله عند غيبته لان القضاء
حينئذ يكون اعانة وكل من لا يستحقها في حال حضرته الا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله

لان النفقة حينئذ تجب بالقضاء والقضاء على الغائب ممتنع فمن الاول الاولاد الصغار والاناث
من الكبار والزمنى من الذكور الكبار ومن الثاني الاخ والاخت والخال والخالة وقوله من ماله
مراده الدراهم والدنانير لان حقهم في المطعوم والملبوس فاذا لم يكن ذلك في ماله يحتاج الى
القضاء بالقيمة وهي النقدان والتبر بمنزلتهما في هذا الحكم لانه يصلح قيمة كالمضروب وهذا
اذا كانت في يد القاضي فان كانت وديعة او دينا ينفق عليهم منهما اذا كان المودع
والمديون مقرين بالدين والوديعة والنكاح والنسب وهذا اذا لم يكونا ظاهرين عند
القاضي فان كانا ظاهرين لا حاجة الى الاقرار وان كان احدهما ظاهرا الوديعة والدين
او النكاح والنسب يشترط الاقرار بما ليس بظاهر هذا هو الصحيح وان دفع المودع الوديعة بنفسه
او من عليه الدين بغير امر القاضي يضمن المودع ولا يبرأ المديون لانه ما ادى الى صاحب الحق ولا الى نائبه
بخلاف ما اذا دفع بامر القاضي لان القاضي نائب عنه وان كان المودع والمديون جاحدين اصلا
او كانا جاحدين الزوجية والنسب لم ينتصب احد من مستحقي النفقة خصما في ذلك لان ما يدعيه
للغائب لم يتعين سببا لثبوت حقه وهو النفقة لانها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود
ولا يفرق بينه وبين امرأته وقال مالك رح اذا مضى اربع سنين يفرق القاضي بينه وبين
امرأته وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت لان عمر رض هكذا قضى في الذي استهواه
الجن بالمدينة وكفى به اماما ولانه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعد مضي مدة اعتبارا
بالايلاء والعنة وبعد هذا الاعتبار اخذ المقدار منهما الاربع من الايلاء والسنين من العنة
عملا بالشبهين ولنا قوله عليه السلام في امرأة المفقود انها امرأته حتى يأتيها البيان وقول علي
رضي الله عنه فيها هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت او طلاق خرج بيانا للبيان
المذكور في المرفوع ولان النكاح عرف ثبوته والغيبة لا توجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال
فلا يزال النكاح بالشك وعمر رجع الى قول علي رضي الله عنهما ولا معتبر بالايلاء لانه كان طلاقا معجلا
فاعتبر في الشرع مؤجلا فكان موجبا للفرقة ولا بالعنة لان الغيبة تعقب الاوبة
والعنة قلما تنحل بعد استمرارها سنة قال واذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد
حكمنا بموته قال رضي الله عنه وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة رح وفي ظاهر الرواية
يقدر بموت الاقران وفي المروي عن ابي يوسف بمائة سنة وقدر بعضهم بتسعين
والاقيس ان لا يقدر بشيء والارفق ان يقدر بتسعين سنة واذا حكم بموته اعتدت امرأته

عدة الوفاة من ذلك الوقت وقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت كأنه مات
في ذلك الوقت معاينة اذ الحكمي معتبر بالحقيقي ومن مات قبل ذلك لم يرث منه لانه لم يحكم
بموته فيها فصار كما اذا كانت حياته معلومة ولا يرث المفقود احدا مات في حال فقده
لان بقاءه حيا في ذلك باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق وكذلك
لو اوصى للمفقود ومات الموصي ثم الاصل انه لو كان مع المفقود وارث لا يحجب به ولكنه ينتقص
حقه به يعطى اقل النصيبين ويوقف الباقي وان كان معه وارث يحجب به لا يعطى اصلا بيانه
رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن ابن وبنت ابن والمال في يد الاجنبي وتصادقوا
على فقد الابن وطلبت الابنتان الميراث تعطيان النصف لانه متيقن به ويوقف النصف الآخر
ولا يعطى ولد الابن لانهم يحجبون بالمفقود ولو كان حيا فلا يستحقون الميراث بالشك ولا ينزع
من يد الاجنبي الا اذا ظهرت منه خيانة ونظير هذا الحمل فانه يوقف له ميراث ابن واحد على ما
عليه الفتوى ولو كان معه وارث آخر ان كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه
وان كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى وان كان ممن يتغير به يعطى الاقل للتيقن به كما في المفقود
وقد شرحناه في كفاية المنتهى باتم من هذا كتاب الشركة الشركة جائزة لانه عليه السلام بعث والناس
يتعاملون بها فقررهم عليها قال الشركة ضربان شركة املاك وشركة عقود فشركة الاملاك
العين يرثها رجلان او يشتريانها فلا يجوز لاحدهما ان يتصرف في نصيب الآخر
الا باذنه وكل واحد منهما في نصيب الآخر كالاجنبي وهذه الشركة تتحقق في غير المذكور
في الكتاب كما اذا اتهب الرجلان عينا او ملكاها بالاستيلاء او اختلط مالهما من
غير صنع احدهما او بخلطهما خلطا يمنع التمييز رأسا او الا بحرج ويجوز بيع احدهما نصيبه من
شريكه في جميع هذه الصور ومن غير شريكه بغير اذنه الا في صورة الخلط والاختلاط فانه
لا يجوز الا باذنه وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى والضرب الثاني شركة العقود وركنها
الايجاب والقبول وهو ان يقول احدهما شاركتك في كذا وكذا ويقول الآخر قبلت
وشرطه ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف
مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه ثم هي على اربعة اوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع
وشركة الوجوه فاما شركة المفاوضة فهي ان يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما
ودينهما لانها شركة عامة في جميع التجارات يفوض كل واحد منهما امر الشركة الى صاحبه على الاطلاق

والتفصيل لا الاخوة ... تهدى الامور باهل الرأي ما صلحت
والبيت بتمامه فان تولت فبالجهال تنقاد

اذ هي من المساواة قال قائلهم لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة اذا جهالهم سادوا
اي متساوين فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك في المال والمراد به ما يصح الشركة
فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصح الشركة فيه وكذا في التصرف لانه لو ملك احدهما تصرفا لا يملكه الآخر
لفات التساوي وكذا في الدين لما نبين ان شاء الله تعالى وهذه الشركة جائزة عندنا استحسانا
وفي القياس لا تجوز وهو قول الشافعي وقال مالك لا اعرف ما المفاوضة وجه القياس
انها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل ذلك بانفراده فاسد وجه الاستحسان قوله عليه السلام
فاوضوا فانه اعظم للبركة وكذا الناس يتعاملون بها من غير نكير وبه يترك القياس والجهالة متحملة
تبعا كما في المضاربة ولا تنعقد الا بلفظ المفاوضة لبعد شرائطها عن علم العوام حتى لو بينا
جميع ما تقتضيه تجوز لان المعتبر هو المعنى قال وتجوز بين الحرين الكبيرين مسلمين او ذميين
لتحقق التساوي وان كان احدهما كتابيا والآخر مجوسيا تجوز لما قلنا ولا تجوز بين الحر والمملوك
ولا بين الصبي والبالغ لانعدام المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة
والمملوك لا يملك واحدا منهما الا باذن المولى والصبي لا يملك الكفالة ولا يملك التصرف
الا باذن الولي ولا بين المسلم والكافر وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
يجوز للتساوي بينهما في الوكالة والكفالة ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه احدهما كالمفاوضة بين
الشفعوي والحنفي فانها جائزة ويتفاوتان في التصرف في متروك التسمية الا انه يكره لان الذمي
لا يهتدي الى الجائز من العقود ولهما انه لا تساوي في التصرف فان الذمي لو اشترى برأس
المال خمورا او خنازير صح ولو اشتراها المسلم لا يجوز ولا يجوز بين العبدين ولا بين الصبيين ولا بين
المكاتبين لانعدام صحة الكفالة وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها ولا يشترط ذلك
في العنان كان عنانا لاستجماع شرائط العنان اذ هو قد يكون خاصا وقد يكون عاما قال
وتنعقد على الوكالة والكفالة اما الوكالة فلتحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما بينا والكفالة
لتحقيق المساواة فيما هو من مواجب التجارات وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا قال
وما يشتريه كل واحد منهما يكون على الشركة الا طعام اهله وكسوتهم وكذا كسوته وكذا
الادام لان مقتضى العقد المساواة وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف وكان شراء
احدهما كشرائهما الا ما استثناه في الكتاب وهو الاستحسان لانه مستثنى عن المفاوضة
للضرورة فان الحاجة الراتبة معلوم الوقوع ولا يمكن ايجابه على صاحبه ولا الصرف من ماله

ولابد

ولابد من الشراء فيختص به ضرورة والقياس ان يكون على الشركة لما بينا وللبائع ان ياخذ
بالثمن ايهما شاء المشتري بالاصالة وصاحبه بالكفالة ويرجع الكفيل على المشتري بحصته
مما ادى لانه قضى دينا عليه من مال مشترك بينهما قال وما يلزم كل واحد منهما من الديون
بدلا عما يصح فيه الاشتراك فالآخر ضامن له تحقيقا للمساواة فمما يصح الاشتراك فيه
الشراء والبيع والاستئجار ومن القسم الآخر الجناية والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد
وعن النفقة قال ولو كفل احدهما بمال عن اجنبي لزم صاحبه عند ابي حنيفة وقالا لا يلزمه
لانه تبرع ولهذا لا يصح من الصبي والمجنون والعبد المأذون والمكاتب ولو صدر من المريض يصح
من الثلث فصار كالاقراض والكفالة بالنفس ولابي حنيفة انه تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء لانه
يستوجب الضمان بما يؤدي على المكفول عنه اذا كانت الكفالة بامره فبالنظر الى البقاء صح
لتضمنه المعاوضة وبالنظر الى الابتداء لم يصح ممن ذكره ويصح من الثلث من المريض بخلاف الكفالة
بالنفس لانه تبرع ابتداء وانتهاء واما الاقراض فعن ابي حنيفة انه يلزم صاحبه ولو سلم
فهو اعارة فيكون لمثلها حكم عينها لا حكم البدل حتى لا يصح فيه الاجل فلا يتحقق معاوضة ولو كانت
الكفالة بغير امره لم يلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المعاوضة ومطلق الجواب في الكتاب محمول
على المقيد وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة لانه معاوضة انتهاء قال
فان ورث احدهما مالا يصح فيه الشركة او وهب له ووصل الى يده بطلت المفاوضة و
صارت الشركة عنانا لفوات المساواة فيما يصلح رأس المال اذ هي شرط ابتداء وبقاء وهذا
لان الآخر لا يشاركه فيما اصابه لانعدام السبب في حقه الا انها تنقلب عنانا للامكان
فان المساواة ليس بشرط فيه ولدوامه حكم الابتداء لكونه غير لازم وان ورث احدهما عرضا
فهو له ولا تفسد المفاوضة وكذا العقار لانه لا يصح فيه الشركة فلا يشترط المساواة فيه

فصل ولا تنعقد الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة وقال مالك رحمه الله يجوز بالعروض
والمكيل والموزون ايضا اذا كان الجنس واحدا لانها عقدت على رأس مال معلوم فاشبه النقود
بخلاف المضاربة لان القياس يأباها لما فيها من ربح ما لم يضمن فيقتصر على مورد الشرع ولنا
انه يؤدي الى ربح ما لم يضمن لانه اذا باع كل واحد منهما رأس ماله وتفاضل
الثمنان فما يستحقه احدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح ما لم يملك وما لم يضمن بخلاف الدراهم
والدنانير لان ثمن ما يشتريه في ذمته اذ هي لا تتعين فكان ربح ما يضمن ولان اول
التصرف في العروض البيع وفي النقود الشراء وبيع احدهما ماله على ان يكون الآخر شريكا في ثمنه

لا يصح وشراء احدهما شيئا بماله على ان يكون المبيع بينه وبين غيره جائز واما الفلوس النافقة
فلانها تروج رواج الاثمان فالتحقت بها قالوا هذا قول محمد رح لانها ملحقة بالنقود
عنده حتى لا تتعين بالتعيين ولا يجوز بيع اثنين بواحد باعيانهما على ما عرف اما عند ابي حنيفة
وابي يوسف رح لا يجوز الشركة والمضاربة بها لان ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة وتصير سلعة وروي
عن ابي يوسف مثل قول محمد رح والاول اقيس واظهر وعن ابي حنيفة رح صحة المضاربة بها قال
ولا يجوز بما سوى ذلك الا ان يتعامل الناس بالتبر والنقرة فتصح الشركة بهما هكذا ذكر في الكتاب
وفي الجامع الصغير ولا يكون المفاوضة بمثاقيل ذهب وفضة ومراده التبر فعلى هذه الرواية
التبر سلعة تتعين بالتعيين فلا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات وذكر في
كتاب الصرف ان النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا ينفسخ العقد بهلاكه قبل التسليم فعلى
تلك الرواية يصلح رأس المال فيهما وهذا لما عرف انهما خلقتا ثمنين الا ان الاول اصح
لانها وان خلقت للتجارة في الاصل لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص لان عند ذلك
لا يصرف الى شيء آخر ظاهرا الا ان يجري التعامل باستعمالها ثمنا فينزل التعامل منزلة الضرب
فيكون ثمنا ويصلح رأس المال ثم قوله لا يجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددي
المتقارب ولا خلاف فيه بيننا قبل الخلط ولكل واحد منهما متاعه وعليه وضيعته وان خلطا
ثم اشتركا فكذلك عند ابي يوسف رح والشركة شركة ملك لا شركة عقد وعند محمد رح يصح شركة
العقد وثمرة الخلاف تظهر عند التساوي في المالين واشتراط التفاضل في الربح وظاهر الرواية
ما قاله ابو يوسف رح لانه يتعين بالتعيين بعد الخلط كما يتعين قبله ولمحمد انها ثمن من وجه حتى جاز البيع
بها دينا في الذمة ومبيع من وجه من حيث انه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحالين
لانها ليست ثمنا بحال ولو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطا لا تنعقد الشركة
بها بالاتفاق والفرق لمحمد رح ان المخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال ومن جنسين من
ذوات القيم فتتمكن الجهالة كما في العروض واذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء
قال واذا ارادا الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقدا
الشركة قال رضي الله عنه وهذه شركة ملك لما بينا ان العروض لا تصلح رأس مال الشركة
وتأويله اذا كانت قيمة متاعيهما على السواء ولو كان بينهما تفاوت يبيع صاحب الاقل
بقدر ما تثبت به الشركة قال واما شركة العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة وهو ان
يشترك اثنان في نوع بر او طعام او يشتركا في عموم التجارات ولا يذكرا الكفالة

بخلاف العروض

وانعقاده

وانعقاده على الوكالة لتحقق مقصوده كما بيناه ولا ينعقد على الكفالة لان اللفظ مشتق من
الاعراض يقال عن له اي اعترض وهذا لا ينبئ عن الكفالة وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى
اللفظ ويصح التفاضل في المال للحاجة اليه وليس من قضية اللفظ المساواة ويصح ان يتساويا
في المال ويتفاضلا في الربح وقال زفر والشافعي رح لا يجوز لان التفاضل فيه يؤدي الى ربح ما لم يضمن
فان المال اذا كان نصفين والربح اثلاثا فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان اذ الضمان بقدر
رأس المال ولان الشركة عندهما في الربح للشركة في الاصل ولهذا يشترطان الخلط فصار الربح بمنزلة نماء الاعيان
فيستحق بقدر الملك في الاصل ولنا قوله عليه السلام الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين ولم يفصل
ولان الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة وقد يكون احدهما احذق واهدى او اكثر عملا و
اقوى فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة الى التفاضل بخلاف اشتراط جميع الربح لاحدهما لانه
يخرج العقد به من الشركة ومن المضاربة ايضا الى قرض باشتراطه للعامل او الى بضاعة باشتراطه
لرب المال وهذا العقد يشبه المضاربة من حيث انه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة اسما
وعملا فانهما يعملان معا فعملنا بشبه المضاربة من حيث انه يعمل في مال الشريك وقلنا يصح اشتراط
الربح من غير ضمان وبشبه الشركة حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما قال ويجوز ان يعقدها كل واحد منهما
ببعض ماله دون البعض لان المساواة في المالين ليست بشرط فيه اذ اللفظ لا يقتضيه ولا يصح
الا بما بينا ان المفاوضة يصح به للوجه الذي ذكرناه ويجوز ان يشتركا ومن جهة احدهما دنانير ومن
جهة الآخر دراهم وكذا من احدهما دراهم بيض ومن الآخر سود وقال زفر والشافعي رح لا يجوز
وهذا بناء على اشتراط الخلط وعدمه فان عندهما شرط ولا يتحقق ذلك في مختلفي الجنس وسنبينه
من بعد ان شاء الله تعالى قال وما اشتراه كل واحد منهما للشركة طولب بثمنه دون الآخر
لما بينا انه يتضمن الوكالة دون الكفالة والوكيل هو الاصيل في الحقوق قال ثم
يرجع على شريكه بحصته منه معناه اذا ادى من مال نفسه لانه وكيل من جهته في حصته
فاذا نقد من مال نفسه يرجع عليه فان كان لا يعرف ذلك الا بقوله فعليه الحجة لانه
يدعي وجوب المال في ذمة الآخر وهو ينكر والقول للمنكر مع يمينه قال واذا هلك
مال الشركة او احد المالين قبل ان يشتريا شيئا بطلت الشركة لان المعقود عليه في
عقد الشركة المال فانه يتعين فيه كما في الهبة والوصية وهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما
في البيع بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لانه لا يتعين الثمنان فيهما بالتعيين وانما

يتعينان بالقبض على ما عرف وهذا ظاهر فيما اذا هلك المالان وكذا اذا هلك احدهما
لانه ما رضي بشركة صاحبه في ماله الا ليشركه في ماله واذا فات ذلك يهلك من مال
صاحبه ان هلك في يده فظاهر وكذا اذا كان في يد الآخر لانه امانة في يده بخلاف ما بعد
الخلط حيث يهلك على الشركة لانه لا يتميز فيجعل الهلاك من المالين وان اشترى احدهما
بماله وهلك مال الآخر قبل الشراء فالمشترى بينهما على ما شرطا لان الملك حين وقع
وقع مشتركا بينهما لقيام الشركة وقت الشراء فلا يتغير الحكم بهلاك المال الآخر بعد ذلك
ثم الشركة شركة عقد عند محمد رح خلافا للحسن بن زياد حتى ان ايهما باع جاز بيعه لان الشركة
قد تمت في المشترى فلا ينتقض بهلاك المال بعد تمامها قال ويرجع على شريكه بحصته من الثمن
لانه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وقد بيناه هذا اذا اشتراه احدهما باحد المالين
اولا ثم هلك مال الآخر اما اذا هلك احدهما ثم اشترى الآخر بالمال الآخر ان صرحا بالوكالة في عقد
الشركة فالمشترى مشترك بينهما على ما شرطا لان الشركة ان بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة فكان
مشتركا بحكم الوكالة ويكون شركة ملك ويرجع على شريكه بحصته من الثمن لما بينا وان ذكرا مجرد الشركة
ولم ينصا على الوكالة فيها كان المشترى للذي اشتراه خاصة لان الوقوع على الشركة حكم الوكالة
التي تضمنتها الشركة فاذا بطلت يبطل ما في ضمنها بخلاف ما اذا صرحا بالوكالة لانها مقصودة
قال ويجوز الشركة وان لم يخلطا المال وقال زفر والشافعي رح لا يجوز لان الربح فرع المال
ولا يقع الفرع على الشركة الا بعد الشركة في الاصل وانه بالخلط وهذا لان المحل هو المال ولهذا
تضاف اليه ويشترط تعيين رأس المال بخلاف المضاربة لانها ليست بشركة وانما هو العمل لرب
المال فيستحق الربح خالصا على عمله اما ههنا بخلافه وهذا اصل كبير لهما حتى يعتبر اتحاد الجنس ويشترط
الخلط ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في المال ولا يجوز شركة التقبل والاعمال
لانعدام المال ولنا ان الشركة في الربح مستندة الى العقد دون المال لان العقد يسمى شركة
فلا بد من تحقق معنى هذا الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطا ولان الدراهم والدنانير لا تتعينان فلا يستفاد
الربح برأس المال وانما يستفاد بالتصرف لانه في النصف اصيل وفي النصف وكيل
واذا تحققت الشركة في التصرف بدون الخلط تحققت في المستفاد به وهو الربح بدونه وصار
كالمضاربة فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح وتصح شركة التقبل قال ولا يجوز
الشركة اذا شرط لاحدهما دراهم مسماة من الربح لانه شرط يوجب انقطاع حق الشركة

لم يكن راضيا بالشركة وبطل العقد لعدم فائدته وايهما هلك ...

فعاه

فعساه لا يخرج الا القدر المسمى لاحدهما ونظيره في المزارعة قال ولكل واحد من المتفاوضين
وشريكي العنان ان يبضع المال لانه معتاد في عقد الشركة ولانه له ان يستأجر على العمل
والتحصيل بغير عوض دونه فملكه وكذا له ان يودعه لانه معتاد ولا يجد التاجر منه بدا
ويدفعه مضاربة لانها دون الشركة فتتضمنها وعن ابي حنيفة رح انه ليس له ذلك لانه نوع
شركة والاول اصح وهو رواية الاصل لان الشركة غير مقصودة وانما المقصود تحصيل الربح كما
اذا استأجره باجر بل اولى لانه تحصيل بدون ضمان في ذمته بخلاف الشركة حيث لا يملكها لان
الشيء لا يستتبع مثله قال ويوكل من يتصرف فيه لان التوكيل بالبيع والشراء من توابع التجارة
والشركة انعقدت للتجارة بخلاف الوكيل بالشراء حيث لا يملك ان يوكل غيره لانه عقد خاص
طلب منه تحصيل العين فلا يستتبع مثله قال ويده في المال يد امانة لانه قبض المال باذن المالك
لا على وجه البدل والوثيقة فصار كالوديعة قال واما شركة الصنائع فتسمى شركة التقبل
كالخياطين والصباغين يشتركان على ان يتقبلا الاعمال ويكون الكسب بينهما فيجوز
وهذا عندنا وقال الشافعي رح لا يجوز لان هذه شركة لا يفيد مقصودها وهو التثمير لانه
لا بد لذلك من رأس المال وهذا لان الشركة في الربح تبتنى على الشركة في المال على اصلها على ما قررنا
ولنا ان المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لانه لما كان وكيلا في النصف اصيلا في النصف تحققت
الشركة في المال المستفاد ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافا لمالك وزفر رحمهما الله
لان المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه لا يتفاوت ولو شرطا العمل نصفين والمال اثلاثا جاز
وفي القياس لا يجوز لان الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن فلم يجز العقد
لتأديته اليه فصار كشركة الوجوه ولكنا نقول ما يأخذه لا يأخذه ربحا لان الربح عند
اتحاد الجنس وقد اختلف لان رأس المال عمل والربح مال فكان بدل العمل والعمل يتقوم
بالتقويم فيتقدر بقدر ما قوم به فلا يحرم بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق والربح
يتحقق في الجنس المتفق وربح ما لم يضمن لا يجوز الا في المضاربة قال وما يتقبله كل واحد
منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه حتى ان كل منهما يطالب بالعمل ويطالب بالاجر ويبرأ الدافع
بالدفع اليه وهذا ظاهر في المفاوضة وفي غيرها استحسان والقياس خلاف ذلك لان
الشركة وقعت مطلقة والكفالة مقتضى المفاوضة وجه الاستحسان ان هذه الشركة مقتضية
للضمان الا ترى ان ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر ولهذا يستحق الاجر بسبب نفاذ تقبله

عليه فجرى مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل قال واما شركة الوجوه فالرجلان
يشتركان ولا مال لهما على ان يشتريا بوجوههما ويبيعا فتصح الشركة على هذا سميت بها لانه
لا يشتري بالنسيئة الا من له وجاهة عند الناس وانما تصح مفاوضة لانه يمكن تحقيق الكفالة
والوكالة في الابدال واذا اطلقت تكون عنانا لان مطلقه ينصرف اليه وهي جائزة عندنا
خلافا للشافعي رح والوجه من الجانبين ما بيناه في شركة التقبل قال وكل واحد منهما وكيل
الآخر فيما يشتريه لان التصرف على الغير لا يجوز الا بوكالة او ولاية ولا ولاية فتتعين الوكالة
وان شرطا ان المشترى بينهما نصفان والربح كذلك يجوز وهذا لان الربح لا يستحق الا بالمال
او بالعمل او بالضمان فرب المال يستحقه بالمال والمضارب بالعمل والاستاذ الذي يلقي العمل على التلميذ
بالنصف بالضمان ولا يستحق بما سواها الا ترى ان من قال لغيره تصرف في مالك على ان لي
ربحه لم يجز لعدم المعاني واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان على ما بينا والضمان
على قدر الملك في المشترى فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن فلا يصح اشتراطه
الا في المضاربة والوجوه ليست في معناها بخلاف العنان لانه في معناها من حيث ان كل واحد
يعمل في مال صاحبه فيلحق بها فصل في الشركة الفاسدة ولا يجوز الشركة في الاحتطاب
والاصطياد وما اصطاده كل واحد منهما او احتطبه فهو له دون صاحبه وعلى هذا
الاشتراك في اخذ كل شيء مباح لان الشركة متضمنة معنى الوكالة والتوكيل في اخذ المباح
باطل لان امر الموكل به غير صحيح والوكيل يملكه بدون امره فلا يصلح نائبا عنه وانما يثبت الملك
لهما بالاخذ واحراز المباح وان اخذاه معا فهو بينهما نصفان لاستوائهما في سبب الاستحقاق
وان اخذه احدهما ولم يعمل الآخر شيئا فهو للعامل لوجود السبب منه وان عمل احدهما واعانه
الآخر في عمله بان قلعه احدهما وجمعه الآخر او قلعه وجمعه وحمله الآخر فللمعين اجر مثله بالغا
ما بلغ عند محمد رح وعند ابي يوسف رح لا يجاوز به نصف ثمن ذلك وقد عرف ذلك في موضعه
قال واذا اشتركا ولاحدهما بغل وللآخر راوية يستقي عليهما الماء والكسب بينهما لم تصح الشركة
والكسب كله للذي استقى الماء وعليه اجر مثل الراوية ان كان صاحب البغل وان كان
صاحب الراوية فعليه اجر مثل البغل اما الفساد فلانعقادها على احراز المباح وهو الماء
واما وجوب الاجر فلان المباح صار ملكا للمحرز وهو المستقي وقد استوفى منافع ملك
الغير وهو البغل او الراوية بعقد فاسد فيلزمه اجره وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر

المال

يجوز ولا يجوز ان يتفاضلا فيه وان شرطا ان يكون المشترى بينهما اثلاثا فالربح كذلك صح

المال ويبطل شرط التفاضل لان الربح فيه تابع للمال فيتقدر بقدره كما ان الريع تابع للبذر
في المزارعة والزيادة انما تستحق بالتسمية وقد فسدت فبقي الاستحقاق على قدر رأس المال
واذا مات احد الشريكين او ارتد والعياذ بالله ولحق بدار الحرب بطلت الشركة على ما مر
لانها تتضمن الوكالة ولا بد منها لتحقق الشركة على ما مر والوكالة تبطل بالموت وكذا بالالتحاق
مرتدا اذا قضى القاضي بلحاقه لانه بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل ولا فرق بينهما اذا علم الشريك
بموت صاحبه او لم يعلم لانه عزل حكمي واذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما اذا فسخ احد
الشريكين الشركة ومال الشركة دراهم او دنانير حيث يتوقف على علم الآخر لانه عزل قصدي
فصل وليس لاحد الشريكين ان يؤدي زكوة مال الآخر الا باذنه لانه ليس من جنس التجارة
فان اذن كل واحد منهما لصاحبه ان يؤدي زكوته فادى كل واحد منهما فالثاني ضامن علم باداء
الاول او لم يعلم وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن اذا لم يعلم وهذا اذا اديا على التعاقب
اما اذا اديا معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه وعلى هذا الاختلاف المأمور باداء الزكوة اذا تصدق على الفقير
بعد ما ادى الآمر بنفسه لهما انه مأمور بالتمليك من الفقير وقد اتى به فلا يضمن للموكل وهذا
لان في وسعه التمليك لا وقوعه زكوة لتعلقه بنية الموكل وانما يطلب منه ما في وسعه فصار
كالمأمور بذبح دم الاحصار اذا ذبح بعد ما زال الاحصار وحج الآمر لم يضمن المأمور علم او لا ولابي
حنيفة رح انه مأمور باداء الزكوة والمؤدى لم يقع زكوة فصار مخالفا وهذا لان المقصود من الامر
اخراج النفس عن عهدة الواجب لان الظاهر انه لا يلتزم الضرر الا لدفع الضرر وهذا المقصود
حصل باداءه وعري اداء المأمور عنه فصار معزولا علم او لم يعلم لانه عزل حكمي واما دم الاحصار
فقد قيل هو على الخلاف وقيل بينهما فرق ووجهه ان الدم ليس بواجب عليه فانه يمكنه ان يصبر حتى يزول
الاحصار وفي مسئلتنا الاداء واجب فاعتبر الاسقاط مقصودا فيه دون دم الاحصار
قال واذا اذن احد المتفاوضين لصاحبه ان يشتري جارية فيطأها ففعل فهي له بغير شيء
عند ابي حنيفة رح وقالا يرجع عليه بنصف الثمن لانه ادى عليه دينا خاصا له من مال مشترك
فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام والكسوة وهذا لان الملك واقع له خاصة
والثمن بمقابلة الملك وله ان الجارية دخلت في الشركة على البتات جريا على مقتضى الشركة
اذ هما لا يملكان تغييره فاشبه حال عدم الاذن غير ان الاذن يتضمن هبة نصيبه منه
لان الوطي لا يحل الا بالملك ولا وجه لاثباته بالبيع لما بينا انه يخالف مقتضى
الشركة فاثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الاذن بخلاف الطعام والكسوة لان ذلك مستثنى عنها

للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا دينا عليه من مال الشركة في مسئلتنا فيرجع
عليهما بما ينبغي وللبائع ان يأخذ بالثمن ايهما شاء بالاتفاق لانه دين وجب بسبب التجارة
والمفاوضة تضمنت الكفالة فصار كالطعام والكسوة والله اعلم

كتاب الوقف

قال ابو حنيفة رح لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته فيقول
اذا مت فقد وقفت داري على كذا وقال ابو يوسف رح يزول الملك بمجرد القول وقال محمد رح
لا يزول حتى يجعل للوقف وليا ويسلمه اليه قال رضي الله عنه الوقف لغة هو الحبس تقول
وقفت الدابة والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية ثم قيل المنفعة معدومة والتصدق بالمعدوم
لا يصح فلا يجوز الوقف عنده اصلا وهو الملفوظ في الاصل والاصح انه جائز عنده الا انه غير
لازم بمنزلة العارية وعندهما حبس العين على حكم ملك الله عز وجل فيزول ملك الواقف عنه الى الله
تعالى على وجه تعود منفعته الى العباد فيلزم ولا يباع ولا يورث واللفظ ينتظمهما والترجيح بالدليل
لهما قول النبي عم لعمر رضي الله عنه حين اراد ان يتصدق بارض له تدعى ثمغ تصدق باصلها لا يباع ولا
يوهب ولا يورث ولان الحاجة ماسة الى ان يلزم الوقف منه ليصل ثوابه اليه على الدوام
وقد امكن دفع حاجته باسقاط الملك وجعله لله تعالى اذ له نظير في الشرع وهو المسجد فيجعل
كذلك ولابي حنيفة رح قوله عم لا حبس عن فرائض الله تعالى وعن شريح رح جاء محمد عم ببيع
الحبيس ولان الملك باق فيه بدليل انه يجوز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير ذلك والملك
فيه للواقف الا يرى ان له ولاية التصرف فيه بصرف غلاته الى مصارفها ونصب القوام
فيها الا انه تصدق بمنافعه فصار شبيه العارية ولانه يحتاج الى التصدق بالغلة دائما
ولا تصدق عنه الا بالبقاء على ملكه ولانه لا يمكن ان يزال ملكه لا الى مالك لانه غير مشروع مع
بقاء ملكه كالسائبة بخلاف الاعتاق لانه اتلاف وبخلاف المسجد لانه جعل خالصا لله تعالى ولهذا
لا يجوز الانتفاع به وههنا لم ينقطع حق العبد عنه فلم يصر خالصا لله قال رضي الله عنه قال في الكتاب
لا يزول ملك الواقف عن الوقف حتى يحكم به الحاكم او يعلقه بموته وهذا في حكم الحاكم صحيح لانه قضاء
في مجتهد فيه اما في تعليقه بالموت فالصحيح انه لا يزول ملكه الا انه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة
الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم والمراد بالحاكم المولى واما المحكم ففيه اختلاف المشايخ رح ولو وقف في مرض
موته قال الطحاوي هو بمنزلة الوصية بعد الموت والصحيح انه لا يلزم عند ابي حنيفة رح وعندهما يلزم
الا انه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة من جميع المال واذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند ابي يوسف
وهو قول الشافعي رح بمنزلة الاعتاق لانه اسقاط الملك وعند محمد رح

لابد

لا بد من التسليم الى المتولي لان حق الله تعالى انما يثبت فيه في ضمن التسليم الى العبد لان التمليك
من الله تعالى وهو مالك الاشياء لا يتحقق مقصودا وقد يكون تبعا لغيره فيأخذ حكمه فينزل منزلة الزكوة
والصدقة قال واذا صح الوقف على اختلافهم وفي بعض النسخ واذا استحق مكان قوله صح خرج
من ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه لانه لو دخل في ملك الموقوف عليه لا يتوقف
بل ينفذ بيعه كسائر املاكه ولانه لو ملكه لما انتقل عنه بشرط المالك الاول كسائر املاكه قال
رضي الله عنه وقوله خرج من ملك الواقف يجب ان يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره قال
ووقف المشاع جائز عند ابي يوسف رح لان القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط
فكذا تتمته وقال محمد رح لا يجوز لان اصل القبض عنده شرط فكذا ما يتم به وهذا فيما يحتمل القسمة
فاما فيما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشيوع عند محمد رح لانه يعتبره بالهبة والصدقة المنفذة الا في المسجد
والمقبرة فانه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة ايضا عند ابي يوسف رح لان بقاء الشركة يمنع
الخلوص لله تعالى ولان المهاياة في هذا في غاية القبح بان يقبر فيه الموتى سنة ويزرع سنة
ويصلى فيه في وقت ويتخذ اصطبلا في وقت بخلاف الوقف لامكان الاستغلال
وقسمة الغلة ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه بطل في الباقي عند محمد رح لان الشيوع مقارن
كما في الهبة بخلاف ما اذا رجع الواهب في البعض او رجع الوارث في الثلثين بعد موت
المريض وقد وهب او وقف في مرضه وفي المال ضيق لان الشيوع في ذلك طار ولو استحق
جزء مميز بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع ولهذا جاز في الابتداء وعلى هذا الهبة والصدقة
المملوكة قال ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة رح ومحمد حتى يجعل اخره بجهة لا تنقطع ابدا وقال ابو يوسف
اذا سمى فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم لهما ان موجب الوقف زوال
الملك بدون التمليك وانه يتأبد كالعتق وان كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه
فلهذا كان التوقيت مبطلا له كالتوقيت في البيع ولابي يوسف رح ان المقصود هو التقرب الى الله تعالى
والتقرب الى الله تعالى وهو موفر عليه لان التقرب تارة يكون بالصرف الى جهة تنقطع ومرة بالصرف
الى جهة تتأبد فيصح في الوجهين وقيل ان التأبيد شرط بالاجماع الا ان عند ابي يوسف رح
لا يشترط ذكر التأبيد لان لفظة الوقف والصدقة منبئة عنه لما بينا انه ازالة الملك بدون التمليك
كالعتق ولهذا قال في الكتاب في بيان قوله وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم وهذا هو الصحيح وعند
محمد رح ذكر التأبيد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة او بالغلة وذلك قد يكون موقتا وقد يكون مؤبدا

مطلقة لا ينصرف الى التأبيد فلا بد من التنصيص قال ويجوز وقف العقار لان جماعة من الصحابة
رضي الله عنهم وقفوه ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول قال رضي الله عنه وهذا على الارسال قول ابي حنيفة رح
وقال ابو يوسف رح اذا وقف ضيعة ببقرها واكرتها وهم عبيده جاز وكذا سائر آلات الحراثة
لانه تبع للارض في تحصيل ما هو المقصود وقد يثبت من الحكم تبعا ما لا يثبت مقصودا كالشرب في البيع
والبناء في الوقف ومحمد رح معه فيه لانه لما جاز افراد بعض المنقول بالوقف عنده فلأن يجوز الوقف
تبعا فيه اولى وقال محمد رح يجوز حبس الكراع والسلاح ومعناه وقفه في سبيل الله تعالى وابو يوسف
معه فيه على ما قالوا وهو استحسان والقياس ان لا يجوز لما بينا من قبل وجه الاستحسان الآثار
المشهورة فيه منها قوله عليه السلام واما خالد فقد حبس ادرعا له في سبيل الله وطلحة حبس دروعه
ويروى وأكراعه والكراع الخيل ويدخل في حكمه الابل لان العرب يجاهدون عليها وكذا السلاح
يحمل عليها وعن محمد انه يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات كالفأس والمر والقدوم والمنشار والجنازة
وثيابها والقدور والمراجل والمصاحف وعند ابي يوسف رح لا يجوز لان القياس انما يترك
بالنص والنص ورد في الكراع والسلاح فيقتصر عليه ومحمد رح يقول القياس قد يترك بالتعامل
كما في الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه الاشياء وعن نصير بن يحيى رح انه وقف
كتبه الحاقا لها بالمصاحف وهذا صحيح لان كل واحد يمسك للدين تعليما وتعلما وقراءة
واكثر فقهاء الامصار على قول محمد رح وما لا تعامل فيه لا يجوز وقفه عندنا وقال الشافعي رح
كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء اصله ويجوز بيعه يجوز وقفه لانه يمكن الانتفاع به
فاشبه العقار والكراع والسلاح ولنا ان الوقف فيه لا يتأبد ولا بد منه على ما بيناه
فصار كالدراهم والدنانير بخلاف العقار ولا معارض من حيث السمع ولا من حيث التعامل فبقي
على اصل القياس وهذا لان العقار يتأبد والجهاد سنام الدين فكان معنى القربة فيهما
اقوى فلا يكون غيرهما في معناهما قال واذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه الا ان يكون
مشاعا عند ابي يوسف رح فيطلب الشريك القسمة فيصح مقاسمته اما امتناع
التمليك فلما بينا واما جواز القسمة فلانها تمييز وافراز غاية الامر ان الغالب في غير المكيل
والموزون معنى المبادلة الا ان في الوقف جعلنا الغالب معنى الافراز نظرا للوقف فلم يكن
بيعا وتمليكا ثم ان وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لان
الولاية الى الواقف وبعد الموت الى وصيه وان وقف نصف عقار خالص له فالذي
يقاسمه القاضي او يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسم المشتري ثم يشتري ذلك منه لان الواحد

لا يجوز

لا يجوز ان يكون مقاسما ومقاسما ولو كان في القسمة فضل دراهم ان اعطى الواقف
لا يجوز لامتناع بيع الوقف قال والواجب ان يبتدئ من ارتفاع الوقف بعمارته شرط
ذلك الواقف او لم يشترط لان قصد الواقف صرف الغلة مؤبدا ولا تبقى دائمة الا بالعمارة
فيثبت شرط العمارة اقتضاء ولان الخراج بالضمان وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته
فانها على الموصى له بها ثم ان كان الوقف على الفقراء لا يظفر بهم واقرب اموالهم هذه الغلة فتجب
فيها وان كان الوقف على رجل بعينه وآخره للفقراء فهو في ماله اي مال شاء في حال حياته ولا يؤخذ
من الغلة لانه معين يمكن مطالبته به وانما يستحق العمارة عليه بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة
التي وقفه فان خرب يبنى على ذلك الوصف لانها بصفتها صارت غلتها مصروفة الى الموقوف
عليه فاما الزيادة على ذلك فليست بمستحقة والغلة مستحقة له فلا يجوز صرفها الى شيء آخر
الا برضاه ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك لا يجوز الزيادة عند البعض وعند الآخرين يجوز ذلك
والاول اصح لان الصرف الى العمارة ضرورة ابقاء الوقف ولا ضرورة الى الزيادة قال
فان وقف دارا على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى لان الخراج بالضمان على ما مر
وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فان امتنع من ذلك او كان فقيرا آجرها الحاكم وعمرها
باجرتها واذا عمرها ردها الى من له السكنى لان في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق
صاحب السكنى لانه لو لم يعمرها تفوت السكنى اصلا والاول اولى ولا يجبر الممتنع على
العمارة لما فيه من اتلاف ماله فاشبه امتناع صاحب البذر في المزارعة ولا يكون امتناعه
رضا منه ببطلان حقه لانه في حيز التردد ولا تصح اجارة من له السكنى لانه غير مالك
قال وما انهدم من بناء الوقف وآلته صرفه الحاكم في عمارة الوقف ان احتاج وان
استغنى عنه امسكه حتى يحتاج الى عمارته فيصرفه فيها لانه لا بد من العمارة ليبقى على
التأبيد فيحصل مقصود الواقف فان مست الحاجة اليه في الحال صرفها فيها والا امسكها
حتى لا يتعذر عليه ذلك اوان الحاجة فيبطل المقصود وان تعذر اعادة عينه الى موضعه
بيع وصرف ثمنه الى المرمة صرفا للبدل الى مصرف المبدل ولا يجوز ان يقسمه يعني النقض
بين مستحقي الوقف لانه جزء من العين ولا حق للموقوف عليهم فيه وانما حقهم في المنافع والعين
حق الله تعالى فلا يصرف اليهم غير حقهم قال واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه او جعل الولاية
اليه جاز عند ابي يوسف رح قال رضي الله عنه ذكر فصلين شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية اليه

وان اعطى جاز ويكون بمقدار الدراهم شراء صح

جاز عند ابي حنيفة رح ولا يجوز على قياس قول محمد رح وهو قول هلال الرازي وبه قال
وقيل ان الاختلاف بينهما بناء على الاختلاف في اشتراط القبض والافراز وقيل هي
مسئلة مبتداة والخلاف فيما اذا شرط البعض لنفسه في حيوته وبعد موته للفقراء وفيما
اذا شرط الكل لنفسه في حيوته وبعد الموت للفقراء سواء ولو وقف وشرط البعض او الكل
لامهات اولاده ومدبريه ما داموا احياء فاذا ماتوا فهو للفقراء والمساكين فقد قيل يجوز
بالاتفاق وقد قيل على الخلاف ايضا وهو الصحيح لان اشتراطه لهم في حيوته كاشتراطه
لنفسه وجه قول محمد رح ان الوقف تبرع على وجه التمليك بالطريق الذي قدمناه فاشتراطه
البعض او الكل لنفسه يبطله لان التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كما في الصدقة المنفذة
وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه ولابي يوسف رح ما روي ان النبي عم كان ياكل من صدقته
والمراد منها صدقته الموقوفة ولا تحل الاكل منها الا بالشرط فدل على صحته ولان الوقف
ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القربة على ما بيناه فاذا شرط البعض او الكل لنفسه
فقد جعل ما صار مملوكا لله تعالى لنفسه لا ان يجعل ملك نفسه لنفسه وهذا جائز كما اذا بنى
خانا او سقاية او جعل ارضه مقبرة وشرط ان ينزله او يشرب منه او يدفن فيه ولان
مقصوده القربة وفي الصرف الى نفسه ذلك قال عم نفقة الرجل على نفسه صدقة ولو شرط الواقف
ان يستبدل به ارضا اخرى اذا شاء ذلك فهو جائز عند ابي يوسف رح وعند محمد رح الوقف
جائز والشرط باطل ولو شرط الخيار لنفسه في الوقف ثلاثة ايام جاز الوقف والشرط عند ابي
يوسف رح وعند محمد الوقف باطل وهذا بناء على ما ذكرنا واما فصل الولاية فقد نص فيه على قول
ابي يوسف رح وهو قول هلال ايضا وهو ظاهر المذهب وذكر هلال رح في وقفه قال اقوام ان
ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وان لم يشترط لم يكن له ولاية قال مشايخنا رح الاشبه
ان يكون هذا قول محمد لان من اصله ان التسليم الى القيم شرط لصحة الوقف فاذا سلم لم يبق له ولاية فيه ولنا
ان المتولي انما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل ان لا يكون له الولاية وغيره يستفيد الولاية منه
ولانه اقرب الناس الى هذا الوقف فيكون اولى بولايته كمن اتخذ مسجدا يكون اولى
بعمارته ونصب المؤذن فيه وكمن اعتق عبدا كان الولاء له لانه اقرب الناس اليه ولو ان الواقف
كان الولاء له لانه اقرب الناس ولو ان الواقف شرط الولاية لنفسه وكان الواقف غير مأمون
على الوقف فللقاضي ان ينزعها من يده نظرا للفقراء كما له ان يخرج الوصي نظرا لليتامى

وكذا

وكذا اذا شرط ان ليس للسلطان ولا للقاضي ان يخرجها من يده ويوليها غيره لانه شرط مخالف لحكم
الشرع فيبطل فصل واذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه وياذن للناس
بالصلوة فيه فاذا صلى فيه واحد زال ملكه عنه عند ابي حنيفة رح اما الافراز فلانه لا يخلص
لله تعالى الا به واما الصلوة فيه فلانه لا بد من التسليم عند ابي حنيفة رح ومحمد رح ويشترط تسليم
نوعه وذلك في المسجد بالصلوة فيه او لانه لما تعذر القبض يقام تحقق المقصود مقامه ثم يكتفى
بصلوة الواحد فيه في رواية ابي حنيفة رح وكذا عن محمد رح لان فعل الجنس متعذر فيشترط ادناه
وعن محمد رح انه يشترط الصلوة بالجماعة لان المسجد يبنى لذلك في الغالب وقال ابو يوسف رح
يزول ملكه بقوله جعلته مسجدا لان التسليم عنده ليس بشرط لانه اسقاط لملك العبد فيصير خالصا لله تعالى
بسقوط حق العبد وصار كالاعتاق وقد بيناه من قبل قال ومن جعل تحته سردابا او فوقه بيتا
وجعل باب المسجد الى الطريق وعزله فله ان يبيعه وان مات يورث عنه لانه لم يخلص لله تعالى
لبقاء حق العبد متعلقا به ولو كان السرداب لمصالح المسجد جاز كما في بيت المقدس وروى
الحسن عنه انه قال اذا جعل السفل مسجدا وعلى ظهره مسكن فهو مسجد لان المسجد مما يتابد
وذلك يتحقق في السفل دون العلو وعن محمد رح على عكس هذا لان المسجد معظم فاذا كان
فوقه مسكن او مستغل يتعذر تعظيمه وعن ابي يوسف رح انه جوز في الوجهين حين قدم بغداد
ورأى ضيق المنازل فكانه اعتبر الضرورة وعن محمد رح حين دخل الري اجاز ذلك كله
لما قلنا قال وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا واذن للناس بالدخول فيه يعني له
ان يبيعه ويورث عنه لان المسجد ما لا يكون لاحد فيه حق المنع واذا كان ملكه محيطا بجوانبه كان
له حق المنع فلم يصر مسجدا ولانه ابقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى وعن محمد رح انه لا يباع ولا
يورث ولا يوهب اعتبره مسجدا وهكذا عن ابي يوسف رح انه يصير مسجدا لانه لما رضي
بكونه مسجدا ولا يصير مسجدا الا بالطريق دخل فيه الطريق وصار مستحقا كما يدخل في الاجارة
كما في الاجارة من غير ذكره قال ومن اتخذ ارضه مسجدا لم يكن له ان يرجع فيه ولا يبيعه ولا
يورث عنه لانه تجرد عن حق العباد وصار خالصا لله تعالى وهذا لان الاشياء كلها لله تعالى
فاذا اسقط العبد ما ثبت له من الحق رجع الى اصله فانقطع تصرفه عنه كما في الاعتاق ولو خرب
ما حول المسجد واستغنى عنه يبقى مسجدا عند ابي يوسف رح لانه اسقاط منه فلا يعود الى ملكه وعند محمد رح
يعود الى ملك الباني او الى وارثه بعد موته لانه عينه لنوع قربة وقد انقطعت فصار كحصير المسجد وحشيشه

اذا استغنى عنه الا ان ابا يوسف رح يقول في الحصير والحشيش انه ينقل الى مسجد آخر قال ومن بنى سقاية للمسلمين او خانا ليسكنه بنو السبيل او رباطا او جعل ارضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند ابي حنيفة رح لانه لم ينقطع عن حق العبد الا يرى ان له ان ينتفع به فيسكن في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم او الاضافة الى ما بعد الموت كما في الوقف على الفقراء بخلاف المسجد لانه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم وعند ابي يوسف رح يزول ملكه بالقول كما هو اصله اذ التسليم عنده ليس بشرط والوقف لازم وعند محمد رح اذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك لان التسليم عنده شرط والشرط تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه ويكتفى بالواحد لتعذر فعل الجنس كله وعلى هذا البئر والحوض ولو سلم الى المتولي صح التسليم في هذه الوجوه كلها لانه نائب عن الموقوف عليه وفعل النائب كفعل المنوب عنه واما في المسجد فقد قيل لا يكون تسليما لانه لا تدبير للمتولي فيه وقد قيل يكون تسليما لانه يحتاج الى من يكنسه ويغلق بابه فاذا سلم اليه صح التسليم والمقبرة في هذا بمنزلة المسجد على ما قيل لانه لا متولي له عرفا وقد قيل هو بمنزلة السقاية والخان فيصح التسليم الى المتولي لانه لو نصب المتولي يصح وان كان بخلاف العادة ولو جعل دارا له بمكة سكنى لحاج بيت الله والمعتمرين او جعل داره في غير مكة سكنى للمساكين او جعلها في ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين او جعل غلة ارضه للغزاة في سبيل الله ودفع ذلك الى رجل يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيها لما بينا الا ان في الغلة تحل للفقراء دون الاغنياء وفيما سواه من سكنى الخان والاستقاء من البئر والسقاية وغير ذلك يستوي فيه الغني والفقير والفارق هو العرف بين الفصلين فان اهل العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية بينهم وبين الاغنياء ولان الحاجة تشمل الغني والفقير في الشرب والنزول والغني لا يحتاج الى صرف هذه الغلة لغناه والله اعلم بالصواب والحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه اجمعين ومن تبعهم باحسان الى يوم الدين

بسم الله الرحمن الرحيم رب تمم بالخير

كتاب البيوع

البيع ينعقد بالايجاب والقبول اذا كانا بلفظ الماضي مثل ان يقول احدهما بعت والآخر اشتريت لان البيع انشاء تصرف والانشاء يعرف بالشرع والموضوع للاخبار قد استعمل فيه فينعقد به ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح وقد مر الفرق هناك وقوله رضيت

او اعطيتك

او اعطيتك بكذا او خذه بكذا في معنى قوله بعت واشتريت لانه يؤدي معناه والمعنى هو المعتبر في هذه العقود ولهذا ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس هو الصحيح لتحقق المراضاة واذا اوجب احد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار ان شاء قبل في المجلس وان شاء رده وهذا خيار القبول لانه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد من غير رضاه واذا لم يفد الحكم بدون قبول الآخر فللموجب ان يرجع لخلوه عن ابطال حق الغير وانما يمتد الى آخر المجلس لان المجلس جامع للمتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب واداء الرسالة وليس له ان يقبل في بعض المبيع ولا ان يقبل المشتري ببعض الثمن لعدم رضا الآخر بتفرق الصفقة الا اذا بين ثمن كل واحد لانه صفقات معنى وايهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب لان القيام دليل الاعراض والرجوع وله ذلك على ما ذكرنا واذا حصل الايجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما الا من عيب او عدم رؤية وقال الشافعي رح يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله عم المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا ولنا ان في الفسخ ابطال حق الآخر فلا يجوز والحديث محمول على خيار القبول وفيه اشارة اليه فانهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها او يحتمل فيحمل عليه والتفرق فيه تفرق الاقوال والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيه لا تفضي الى المنازعة والاثمان المطلقة لا تصح الا ان تكون معروفة القدر والصفة لان التسليم واجب بالعقد وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز هذا هو الاصل قال ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل اذا كان الاجل معلوما لاطلاق قوله تعالى واحل الله البيع وعنه عم انه اشترى من يهودي طعاما الى اجل ورهنه درعه ولا بد ان يكون الاجل معلوما لان الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد فهذا يطالبه به في قريب المدة وهذا يسلمه في بعيدها ومن اطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد لانه المتعارف وفيه التحري للجواز فينصرف اليه فان كانت النقود مختلفة فالبيع فاسد الا ان يبين احدها وهذا اذا كانت الكل في الرواج سواء لان الجهالة مفضية الى المنازعة الا ان ترتفع الجهالة

بالبيان او يكون احدهما اغلب واروج فحينئذ ينصرف اليه تحريا للجواز وهذا اذا كانت
في المالية فان كانت سواء فيها كالثنائي والثلاثي والنصرتي اليوم بسمرقند والاختلاف
بين العدالي بفرغانة جاز البيع اذا اطلق اسم الدرهم كذا قالوا وينصرف الى ما قدر به من
اي نوع كان لانه لا منازعة ولا اختلاف في المالية قال ويجوز بيع الطعام والحبوب
مكايلة ومجازفة وهذا اذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان
فبيعوا كيف شئتم بخلاف ما اذا باعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا ولان
الجهالة غير مانعة من التسليم فشابه جهالة القيمة ويجوز باناء بعينه لا يعرف مقداره
وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره لان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لما انه يتعجل فيه التسليم
فيندر هلاكه قبله بخلاف السلم لان التسليم فيه متأخر والهلاك ليس بنادر قبله فتتحقق المنازعة
وعن ابي حنيفة رح انه لا يجوز في البيع ايضا والاول اصح واظهر قال ومن باع صبرة طعام
كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند ابي حنيفة رح الا ان يسمي جملة قفزانها وقالا يجوز
في الوجهين له انه تعذر الصرف الى الكل لجهالة المبيع والثمن فيصرف الى الاقل وهو معلوم
الا ان تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان او بالكيل في المجلس ولهما ان الجهالة بيدهما
ازالتها ومثلها غير مانع كما اذا باع عبدا من عبدين على ان المشتري بالخيار ثم اذا جاز
في قفيز واحد عند ابي حنيفة رح فللمشتري الخيار لتفرق الصفقة عليه وكذا اذا كيل في
المجلس او سمى جملة قفزانها لانه علم ذلك الآن فله الخيار كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت
البيع ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع في جميعها عند ابي حنيفة رح وكذا
من باع ثوبا مذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان وكذلك كل معدود متفاوت
وعندهما يجوز في الكل لما قلنا وعنده ينصرف الى الواحد لما بينا غير ان بيع شاة من قطيع وذراع
من ثوب لا يجوز للتفاوت وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا تفضي الجهالة الى المنازعة
فيه وتفضي اليها في الاول فوضح الفرق ومن ابتاع صبرة على انها مائة قفيز بمائة درهم فوجدها
اقل كان المشتري بالخيار ان شاء اخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء فسخ البيع
لتفرق الصفقة عليه فلم يتم رضاه بالموجود وان وجدها اكثر فالزيادة للبائع لان
البيع وقع على مقدار معين والقدر ليس بوصف ومن اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع
بعشرة او ارضا على انها مائة ذراع بمائة فوجدها اقل فالمشتري بالخيار ان شاء

اخذها

اخذها بجملة الثمن وان شاء ترك لان الذرع وصف في الثوب الا يرى انه عبارة
عن الطول والعرض والوصف لا يقابله شيء من الثمن كاطراف الحيوان فلهذا يأخذه بكل الثمن
بخلاف الفصل الاول لان المقدار يقابله الثمن فلهذا يأخذه بحصته الا انه يتخير لفوات الوصف
المذكور لتغير المعقود عليه فيختل الرضاء وان وجدها اكثر من الذراع باعه معيبا فاذا هو سليم
ولو قال بعتكها على انها مائة ذراع بمائة كل ذراع بدرهم فوجدها ناقصة فالمشتري بالخيار
ان شاء اخذها بحصتها من الثمن وان شاء ترك لان الوصف وان كان تابعا لكنه صار
اصلا بافراده بذكر الثمن فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب وهذا لانه لو اخذها بكل الثمن لم يكن اخذا
كل ذراع بدرهم وان وجدها زائدة فهو بالخيار ان شاء اخذ الجميع كل ذراع بدرهم وان
فسخ البيع لانه ان حصل له الزيادة في الذرع يلزمه زيادة الثمن لما بينا انه صار اصلا
ولو اخذه بالاقل لم يكن اخذا بالمشروط ومن اشترى عشرة اذرع من مائة ذراع من دار
او حمام فالبيع فاسد عند ابي حنيفة رح وقالا هو جائز وان اشترى عشرة اسهم من مائة
سهم جاز في قولهم جميعا لهما ان عشرة اذرع من مائة ذراع عشر الدار فاشبه عشرة اسهم
وله ان الذراع اسم لما يذرع به واستعير لما يحله الذراع وهو المعين دون المشاع وذلك
غير معلوم بخلاف السهم ولا فرق عند ابي حنيفة رح بينهما اذا علم جملة الذرعان ام لم يعلم وهو
الصحيح خلافا لما يقوله الخصاف لبقاء الجهالة ولو اشترى عدلا على انه عشرة اثواب
فاذا هو تسعة او احد عشر فسد البيع لجهالة المبيع او الثمن ولو بين لكل ثوب ثمنا جاز
في فصل النقصان بقدره وله الخيار ولم يجز في الزيادة لجهالة العشرة المبيعة وقيل عند ابي
حنيفة رح لا يجوز في فصل النقصان ايضا وليس بصحيح بخلاف ما اذا اشترى ثوبين على انهما
هرويان فاذا احدهما مروي حيث لا يجوز فيهما وان بين ثمن كل واحد منهما لانه جعل
القبول في المروي شرطا للعقد في الهروي وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط في المعدوم
فافترقا ولو اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف
او تسعة ونصف قال ابو حنيفة رح في الوجه الاول يأخذه بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني
بتسعة ان شاء وقال ابو يوسف رح في الاول يأخذه باحد عشر ان شاء وفي الثاني بعشرة
ان شاء وقال محمد رح في الوجه الاول اخذه بعشرة ونصف ان شاء وفي الثاني بتسعة
ونصف ويخير لان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجري عليه

الذي سماه فهو للمشتري ولا خيار للبائع لانه صفة فكان بمنزلة ما اذا صح

فكان نفعا يشوبه ضرر فيتخير وانما يلزمه الزيادة صح

من مائة سهم صح

مسائل هذا الفصل مبنية على قاعدتين احديهما ان كل ما هو متناول اسم المبيع عرفا دخل في المبيع وان لم يذكر صريحا والثانية ان ما كان متصلا بالمبيع
اتصال قرار كان تابعا له في الدخول ونعني بالقرار بحال الثاني على معنى ان ما وضع لان يفصله البشر في ثاني الحال ليس باتصال قرار وما وضع لا
لان يفصله فهو اتصال قرار وعلى هذا دخل بناء الدار في بيعها وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف لا يقال لا نسلم
تناوله البناء في العرف فانه لم يدخل في باب الايمان التي مبناها على العرف كما تقدم لان تناوله اياه باعتبار كونه صفة لها وهي اذا لم تكن
داعية الى اليمين لا يتقيد بها كما تقدم والبناء ليس بداع الى اليمين فلم يتقيد به وحنث بالدخول بعد الانهدام ولان البناء
متصل به اي بالارض على تاويل المكان اتصال قرار فيكون تابعا له
اكمل الدين

ولابي يوسف رحمه الله انه لما افرد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص ولابي
حنيفة رحمه الله ان الذراع وصف في الاصل وانما اخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فعند عدمه
عاد الحكم الى الاصل وقيل في الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط
لانه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه ومن باع
دارا دخل بناؤها في البيع وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف
ولانه متصل به اتصال قرار فيكون تبعا له ومن باع ارضا دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم يسمه
لانه متصل بها للقرار فاشبه البناء ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل بها
للفصل فشابه المتاع الذي فيه ومن باع نخلا او شجرا فيه ثمر فثمرته للبائع الا ان يشترط المبتاع
لقوله عليه السلام من اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع ولان الاتصال
وان كان خلقة فهو للقطع لا للبقاء وصار كالزرع ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع وكذلك
اذا كان فيها زرع لان ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان
فيه متاع وقال الشافعي رحمه الله يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب انما هو التسليم
المعتاد وفي العادة ان لا يقطع كذلك وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض
زرع قلنا هناك التسليم واجب ايضا حتى يترك باجر وتسليم العوض كتسليم المعوض ولا فرق
بينهما اذا كان الثمر بحال له قيمة او لم يكن في الصحيح ويكون في الحالين للبائع لان بيعه يجوز
في اصح الروايتين على ما نبين ولا يدخل في بيع الشجر من غير ذكر واما اذا بيعت الارض
وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه لانه مودع فيها كالمتاع ولو نبت ولم تصر له
قيمة فقد قيل لا يدخل فيه وقد قيل يدخل فيه وكان هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل ان تناله المشافر و
ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لانهما ليسا منهما ولو قال بكل قليل وكثير هو
له فيها ومنها من حقوقها او قال من مرافقها لم يدخلا لما قلنا وان لم يقل من حقوقها او من مرافقها دخلا
فيها اما الثمر المجذوذ والزرع المحصود فهو بمنزلة المتاع لا يدخل الا بالتصريح ومن باع
ثمرة لم يبد صلاحها او قد بدا جاز البيع لانه مال متقوم اما لكونه منتفعا به في الحال
او في الثاني وقد قيل لا يجوز قبل ان يبدو صلاحها والاول اصح وعلى المشتري قطعها في الحال
تفريغا لملك البائع وهذا اذا اشتراها مطلقا او بشرط القطع فان شرط تركها على النخيل فسد
البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير او هو صفقة في صفقة وهو اعارة او اجارة

وقيل يدخل فيه

في بيع وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا وكذا اذا تناهى عظمها عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
واستحسنه محمد رحمه الله للعادة بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد
لمعنى من الارض والشجر ولو اشتراها مطلقا وتركها باذن البائع طاب له الفضل وان تركها
بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة وان تركها بعدما تناهى لم يتصدق بشيء لان هذا
تغير حالة لا تحقق زيادة وان اشتراها مطلقا وتركها على النخيل وقد استاجر النخيل الى وقت
الادراك طاب له الفضل لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقي الاذن معتبرا بخلاف
ما اذا اشترى الزرع واستاجر الارض الى ان يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة
فاسدة للجهالة فاورثت خبثا ولو اشتراها مطلقا فاثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع لانه
لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز ولو اثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في
مقداره لانه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ والمخلص ان يشتري الاصول لتحصل الزيادة
على ملكه ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثني منها ارطالا معلومة خلافا لمالك رحمه الله لان الباقي
بعد الاستثناء مجهول بخلاف ما اذا استثنى نخلا معينا لان الباقي معلوم بالمشاهدة قالوا
هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي واما على ظاهر الرواية ينبغي ان يكون جائزا لان
الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد وبيع قفيز من صبرة
جائز فكذا استثناؤه بخلاف استثناء الحمل واطراف الحيوان لانه لا يجوز بيعه فكذا
استثناؤه ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلاء في قشرها وكذا الارز والسمسم وقال
الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الباقلاء الاخضر وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره الاول عنده
له ان المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه فاشبه تراب الصاغة اذا بيع بجنسه ولنا
ما روي ان النبي عليه السلام نهى عن بيع النخل حتى يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويامن العاهة
ولانه حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير والجامع كونه مالا متقوما بخلاف تراب الصاغة
لانه انما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز وفي مسالتنا لو باعه بجنسه لا يجوز
ايضا لشبهة الربا لانه لا يدرى قدر ما في السنابل ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح اغلاقها
لانه يدخل فيه الاغلاق لانها مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسمية لانه بمنزلة
بعض منه اذ لا ينتفع به بدونه واجرة الكيال وناقد الثمن على البائع اما الكيل فلا بد منه للتسليم
وهو على البائع ومعنى هذا اذا بيع مكايلة وكذا على هذا اجرة الوزان والذراع والعداد

الاجاره

وله في بيع الحنطة في السنبلة قولان وعندنا يجوز ذلك كله

النادر

واما النقد فالمذكور رواية ابن رستم عن محمد لان النقد يكون بعد التسليم الا يرى انه بعد
الوزن والبائع هو المحتاج اليه ليتميز ما تعلق به حقه من غيره او ليعرف المعيب ليرده وفي رواية
ابن سماعة عنه على المشتري لانه يحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد
كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه واجرة وزان الثمن على المشتري لما بينا انه يحتاج الى
تسليم الثمن اولا لان حق المشتري تعين في المبيع فيتقدم دفع الثمن وبالوزن يتحقق التسليم ومن
باع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن اولا لان حق المشتري تعين في المبيع فيتقدم دفع الثمن
ليتعين حق البائع بالقبض لما انه لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة ومن باع سلعة
بسلعة او ثمنا بثمن قيل لهما سلما معا لاستوائهما في التعيين ولا حاجة الى تقديم احدهما في الدفع

باب خيار الشرط

خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري ولهما ثلاثة ايام فما دونها
والاصل فيه ما روي ان حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري كان يغبن في البياعات فقال له
النبي عليه السلام اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة ايام ولا يجوز اكثر منها عند ابي حنيفة وهو قول زفر
والشافعي وقالا يجوز اذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر رض انه اجاز الخيار الى شهرين
ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التروي ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار
كالتاجيل في الثمن ولابي حنيفة ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وانما جوزناه
بخلاف القياس لما رويناه من النص فيقتصر على المدة المذكورة فيه فانتفت الزيادة الا
انه اذا اجاز في الثلث جاز عند ابي حنيفة خلافا لزفر هو يقول انه انعقد فاسدا
فلا ينقلب جائزا وله انه اسقط المفسد قبل تقرره فيعود جائزا كما اذا باع بالرقم واعلمه
في المجلس ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع فاذا اجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد
ولهذا قيل ان العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع وقيل ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف
الشرط وهذا على الوجه الاول ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع
بينهما جاز والى اربعة لا يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يجوز الى اربعة ايام
او اكثر فان نقد في الثلث جاز في قولهم جميعا والاصل فيه ان هذا في معنى اشتراط الخيار
اذ الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ فيكون ملحقا به
وقد مر ابو حنيفة على اصله في الملحق به ونفي الزيادة على الثلث وكذا محمد في تجويز الزيادة
وابو يوسف اخذ في الاصل بالاثر وفي هذا بالقياس وفي هذه المسئلة قياس آخر

واليه

واليه ذهب زفر وهو انه بيع شرطت فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط واشتراط الصحيح منها
فيه مفسد للعقد فاشتراط الفاسد اولى وجه الاستحسان ما بينا وخيار البائع يمنع خروج
المبيع عن ملكه لان تمام هذا السبب بالمراضاة ولا يتم مع الخيار ولهذا ينفذ عتقه ولا يملك
المشتري التصرف فيه وان قبضه باذن البائع فلو قبضه المشتري وهلك في مدة الخيار ضمنه
بالقيمة لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقي مقبوضا
في يده على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري
اعتبارا بالصحيح المطلق وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع لان البيع
في جانب الآخر لازم وهذا لان الخيار انما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لانه
شرع نظرا له دون الآخر الا ان المشتري لا يملكه عند ابي حنيفة وقالا يملكه لانه
لما خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلا لا الى مالك ولا عهد لنا به
ولابي حنيفة انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بانه يدخل المبيع في ملكه لاجتمع
البدلان في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ولا اصل له في الشرع لان المعاوضة
تقتضي المساواة ولان الخيار شرع نظرا للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة ولو
ثبت الملك ربما يعتق عليه من غير اختياره بان كان قريبه فيفوت النظر فان هلك
في يده هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ووجه الفرق
انه اذا دخله عيب يمتنع الرد والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قد انبرم
فيلزم الثمن بخلاف ما تقدم لان بدخول العيب لا يمتنع الرد حكما لخيار البائع فيهلك
والعقد موقوف ومن اشترى امراته على انه بالخيار ثلاثة ايام لم يفسد النكاح لانه لم
يملكها لما له من الخيار وان وطئها له ان يردها لان الوطء بحكم النكاح الا اذا كانت
بكرا لان الوطء ينقصها وهذا عند ابي حنيفة وقالا يفسد النكاح لانه ملكها
ولو وطئها لم يردها لانه وطئها بملك اليمين فيمتنع الرد وان كانت ثيبا ولهذه المسئلة
اخوات كلها تبتنى على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه منها عتق المشتري
على المشتري اذا كان قريبا له في مدة الخيار ومنها عتقه اذا كان المشتري حلف ان
ان ملكت عبدا فهو حر بخلاف ما اذا قال ان اشتريت لانه يصير كالمنشئ للعتق بعد
الشراء فيسقط الخيار ومنها ان حيض المشتراة في المدة لا يجتزى به في الاستبراء ولو رد

بحكم الخيار الا البايع لا يجب عليه الاستبراء عنده وعندهما يجب اذا ردت بعد القبض ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير ام ولده عنده خلافا لهما ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البايع ثم اودعه عند البايع فهلك في يده في المدة هلك من مال البايع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك وعندهما من مال المشتري لصحة الايداع باعتبار قيام الملك ومنها لو كان المشتري عبدا ماذونا فابرأه البايع عن الثمن في المدة بقي خياره عنده لان الرد امتناع عن التملك والماذون له يليه وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض وهو ليس من اهله ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا على انه بالخيار ثم اسلم بطل الخيار عندهما لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده بطل البيع لانه لم يملكها فلا يتملكها باسقاط الخيار وهو مسلم ومن شرط له الخيار فله ان يفسخ في مدة الخيار وله ان يجيزه وان اجاز بغير حضرة صاحبه جاز وان فسخ لم يجز الا ان يكون الاخر حاضرا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح يجوز وهو قول الشافعي رح والشرط هو العلم وانما كنى بالحضرة عنه له انه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالاجازة ولهذا لا يشترط رضاه وصار كالوكيل بالبيع ولهما انه تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع فلا يعرى عن الضرر لانه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما اذا كان الخيار للبايع او لا يطلب لسلعته مشتريا فيما اذا كان للمشتري وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل بخلاف الاجازة لانه لا الزام فيه ولا نقول انه مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة تم الفسخ لحصول العلم به ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ واذا مات من له الخيار بطل الخيار ولم ينتقل الى ورثته وقال الشافعي رح يورث عنه لانه حق لازم ثابت في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين ولنا ان الخيار ليس الا مشيئة وارادة فلا يتصور انتقاله والارث فيما يقبل الانتقال بخلاف خيار العيب لان المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث اما نفس الخيار لا يورث وخيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك غيره لا ان الوارث الخيار ومن اشترى شيئا وشرط الخيار لغيره فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض واصل هذا ان اشتراط الخيار لغيره جائز استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رح لان الخيار من مواجب العقد واحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري

ولنا

ولنا ان الخيار لغير العاقد لا يثبت الا بطريق النيابة عن العاقد فيقدم الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائبا عنه تصحيحا لتصرفه وعند ذلك يكون كل واحد منهما الخيار فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض ولو اجاز احدهما وفسخ الاخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره ولو خرج الكلامان منهما معا يعتبر تصرف العاقد في رواية وتصرف الفاسخ في اخرى وجه الاول ان تصرف العاقد اقوى لان النائب يستفيد الولاية منه وجه الثاني ان الفسخ اقوى لان المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا يلحقه الاجازة ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف وقيل الاول قول محمد رح والثاني قول ابي يوسف رح واستخرج ذلك مما اذا باع الوكيل من رجل والموكل من غيره معا فمحمد رح يعتبر فيه تصرف الموكل وابو يوسف رح يعتبرهما ومن باع عبدين بالف درهم على انه بالخيار في احدهما ثلثة ايام فالبيع فاسد وان باع كل واحد منهما بخمسمائة على انه بالخيار في احدهما بعينه جاز البيع والمسئلة على اربعة اوجه احدها ان لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهو الوجه الاول في الكتاب وفساده لجهالة الثمن والمبيع لان الذي فيه الخيار كالخارج من العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فبقي الداخل فيه احدهما وهو غير معلوم والوجه الثاني ان يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار وهو المذكور ثانيا في الكتاب وانما جاز لان المبيع معلوم والثمن معلوم وقبول العقد في الذي فيه الخيار وان كان شرطا لانعقاد العقد في الاخر ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه محلا للبيع كما اذا جمع بين قن ومدبر والثالث ان يفصل الثمن ولا يعين والرابع ان يعين ولا يفصل والعقد فاسد في الوجهين اما لجهالة المبيع او لجهالة الثمن ومن اشترى ثوبين على ان ياخذ ايهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلثة ايام فهو جائز وكذلك الثلثة فان كانت اربعة اثواب فالبيع فاسد والقياس ان يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر رح والشافعي رح وجه الاستحسان ان شرع الخيار للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق والاوفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لانه يحتاج الى اختيار من يثق به او اختيار من يشتريه لاجله ولا يمكنه البايع من الحمل اليه الا بالبيع فكان في معنى ما ورد الشرع به غير ان هذه الحاجة تندفع بالثلث لوجود الجيد والوسط والردي فيها والجهالة لا تفضي الى المنازعة في الثلث لتعيين من له الخيار وكذا في الاربعة الا ان الحاجة اليها غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة غير مفضية الى المنازعة فلا تثبت باحدهما ثم قيل يشترط ان يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا الاعتبار

في الجامع الصغير وقيل لا يشترط وهو المذكور

وفاقا لا شرطا واذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلث عند ابي حنيفة رح وبمدة
معلومة ايتها كانت عندهما ثم ذكر في بعض النسخ اشترى ثوبين وفي بعضها اشترى احد الثوبين وهو الصحيح
لان المبيع في الحقيقة احدهما والآخر امانة والاول تجوز واستعارة ولو هلك احدهما او تعيب
لزم البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للامانة لامتناع الرد بالعيب ولو هلكا جميعا معا يلزمه ثمن نصف
كل واحد منهما لشيوع البيع والامانة فيهما ولو كان فيه خيار الشرط له ان يردهما جميعا ولو مات من له الخيار
فللوارث ان يرد احدهما لان الباقي خيار التعيين للاختلاط ولهذا لا يتوقت في حق الوارث فاما خيار
الشرط لا يورث وقد ذكرناه ومن اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار الى جنبها فاخذها بالشفعة فهو رضا
لان طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها لانه ما ثبت الا لدفع ضرر الجوار وذلك بالاستدامة
فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين ان الجوار كان
ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب ابي حنيفة رح خاصة واذا اشترى الرجلان غلاما على انهما بالخيار فرضي
احدهما فليس للآخر ان يرده عند ابي حنيفة رح وقالا له ان يرده وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية
لهما ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما فلا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وله ان
المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده احدهما رده معيبا به وفيه الزام ضرر زائد وليس من ضرورة
اثبات الخيار لهما الرضا برد احدهما لتصور اجتماعهما على الرد ومن باع عبدا على انه خباز او كاتب
وكان بخلافه فالمشتري بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء ترك لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق
في العقد بالشرط ثم فواته يوجب التخيير لانه ما رضي به دونه وهذا يرجع الى اختلاف النوع لقلة التفاوت
في الاغراض فلا يفسد العقد بعدمه بمنزلة الذكورة والانوثة في الحيوانات وصار كفوات وصف السلامة
واذا اخذه اخذه بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف

باب خيار الرؤية

ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز وله الخيار اذا رآه ان شاء اخذه
وان شاء رده وقال الشافعي رح لا يصح العقد اصلا لان المبيع مجهول ولنا قوله عليه السلام من اشترى
شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه ولان الجهالة بعدم الرؤية لا تفضي الى المنازعة لانه لو لم يوافقه رده
فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار اليه وكذا اذا قال رضيت ثم رآه له ان يرده لان
الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبلها وحق الفسخ بحكم انه عقد غير لازم لا بمقتضى الحديث
ولان الرضا بالشيء قبل العلم باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية ومن باع
ما لم يره فلا خيار له وكان ابو حنيفة يقول اولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب وخيار الشرط

وبهذا

وبهذا لان لزوم العقد بتمام الرضا زوالا وثبوتا ولا يتحقق ذلك الا بالعلم باوصاف
المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن البائع راضيا بالزوال ووجه القول المرجوع اليه انه
معلق بالشراء لما روينا فلا يثبت دونه وروي ان عثمان بن عفان رضي الله عنه باع ارضا
بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقيل لطلحة انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني اشتريت ما لم اره
وقيل لعثمان انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني بعت ما لم اره فحكما بينهما جبير بن مطعم فقضى بالخيار
لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ثم خيار الرؤية غير موقت بل يبقى الى ان يوجد ما يبطله
وما يبطل خيار الشرط من تعيب او تصرف يبطل خيار الرؤية ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه كالاعتاق
والتدبير او تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع المطلق والرهن والاجارة يبطله قبل الرؤية وبعدها لانه
لما لزم تعذر الفسخ فبطل الخيار وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة
والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية لانه لا يربو على صريح الرضا ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا
ومن نظر الى وجه الصبرة او الى ظاهر الثوب مطويا او الى وجه الجارية او الى وجه الدابة وكفلها فلا خيار
له والاصل في هذا ان رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود
ولو دخل في البيع اشياء فان كان لا تتفاوت آحاده كالمكيل والموزون وعلامته ان يعرض بالنموذج
يكتفي برؤية واحد منها الا اذا كان الباقي اردى مما رأى فحينئذ يكون له الخيار وان كان
تتفاوت آحاده كالثياب والدواب لا بد من رؤية كل واحد منها والجوز والبيض من
هذا القبيل فيما ذكره الكرخي رح وكان ينبغي ان يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة اذا
ثبت هذا فنقول النظر الى وجه الصبرة كاف لانه يعرف وصف البقية لانه مكيل يعرض بالنموذج
وكذا النظر الى ظاهر الثوب مما يعلم به البقية الا اذا كان في طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم والوجه
هو المقصود في الآدمي وهو والكفل في الدواب فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيره وشرط
بعضهم رؤية القوائم والاول هو المروي عن ابي يوسف رح وفي شاة اللحم لا بد من الجس لان
المقصود هو اللحم يعرف به وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق
لان ذلك هو المعرف للمقصود وان راى صحن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها وكذلك
اذا راى خارج الدار او راى اشجار البستان من خارج وعند زفر رح لا بد من دخول داخل البيوت
والاصح ان جواب الكتاب على وفاق عادتهم في الابنية فان دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ
فاما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت والنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل

القنية وان قضاء النسل ١٢

ونظر الوكيل كنظر المشتري حتى لا يرده الا من عيب ولا يكون نظر الرسول كنظره
وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا هما سواء وله ان يرده قال رضي الله عنه معناه الوكيل
بالقبض فاما الوكيل بالشرى فرؤيته تسقط الخيار بالاجماع لهما انه توكيل بالقبض دون
الاسقاط بالخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار العيب والشرط والاسقاط قصدا
وله ان القبض نوعان تام وهو ان يقبضه وهو يراه وناقص وهو ان يقبضه مستورا وهذا لان
تمامه بتمام الصفقة ولا تتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل ملكه بنوعيه فكذا الوكيل لاطلاق
التوكيل واذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالناقص منه فلا يملك اسقاطه قصدا بعد
ذلك بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقائه وخيار الشرط
على الخلاف ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فانه لا يسقط بقبضه لان الاختيار وهو
المقصود بالخيار يكون بعده فكذا لا يملكه وكيله بخلاف الرسول لانه لا يملك شيئا
وانما اليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض والتسليم اذا كان رسولا في البيع
وبيع الاعمى وشراؤه جائز وله الخيار اذا اشترى لانه اشترى ما لم يره وقد قررناه
ثم يسقط خياره بجسه المبيع اذا كان يعرف بالجس وبشمه اذا كان يعرف بالشم
وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق كما في البصير ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف
له لان الوصف يقام مقام الرؤية كما في السلم وعن ابي يوسف رح اذا وقف في مكان لو
كان بصيرا لرآه فقال قد رضيت سقط خياره لان التشبه يقام مقام الحقيقة
في موضع العجز كتحريك الشفتين يقام مقام القراءة في حق الاخرس في الصلوة
واجراء الموسى مقام الحلق في حق من لا شعر له في الحج وقال الحسن رح يوكل وكيلا بقبضه وهو يراه
وهذا اشبه بقول ابي حنيفة رح لان رؤية الوكيل رؤية الموكل على ما مر آنفا ومن رأى
احد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر فله ان يردهما لان رؤية احدهما لا يكون
رؤية الآخر للتفاوت في الثياب فبقي الخيار فيما لم يره ثم لا يرده وحده بل يردهما
كيلا يكون تفريقا للصفقة قبل التمام وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض
وبعده ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضاء ويكون فسخا من الاصل ومن مات
وله خيار الرؤية بطل خياره لانه لا يجري فيه الارث عندنا وقد ذكرناه في خيار الشرط
ومن رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة فان كان على الصفة التي رآه فلا خيار له لان العلم باوصافه

حاصل

حاصل له بالرؤية السابقة وبفواته يثبت الخيار الا اذا كان لا يعلم مرئيه لعدم الرضا به وان
وجده متغيرا فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصافه فكانه لم يره وان اختلفا في التغير
فالقول قول البائع لان التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر الا اذا بعدت المدة على ما قالوا
لان الظاهر شاهد للمشتري بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية لانها امر حادث والمشتري ينكره فيكون
القول قوله ومن اشترى عدل زطي ولم يره فباع منه ثوبا او وهبه وسلمه لم يرد شيئا منها الا
من عيب وكذلك خيار الشرط لانه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام
لان خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها بخلاف خيار العيب لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد
القبض وان كانت لا تتم قبله وفيه وضع المسألة فلو عاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار
الرؤية كذا ذكره شمس الائمة السرخسي رح وعن ابي يوسف انه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتمد
القدوري

باب خيار العيب

واذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار ان شاء اخذه
بجميع الثمن وان شاء رده لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة فعند فواته يتخير كيلا يتضرر بلزوم
ما لا يرضى به وليس له ان يمسكه ويأخذ النقصان لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد
العقد ولانه لم يرض بزواله عن ملكه باقل من المسمى فيتضرر به ودفع الضرر عن المشتري ممكن بالرد بدون
تضرره والمراد به عيب كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لان ذلك
رضاء به وكل ما اوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لان التضرر بنقصان المالية
وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف اهله والاباق والبول في الفراش والسرقة في الصغير
عيب ما لم يبلغ فاذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ ومعناه اذا ظهر عند البائع
في صغره ثم حدث عند المشتري في صغره فله ان يرده لانه عين ذلك وان حدث بعد بلوغه لم يرده
لانه غيره وهذا لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر فالبول في الفراش في الصغر لضعف
المثانة وبعد الكبر لداء في الباطن والاباق في الصغر لحب اللعب والسرقة لقلة المبالاة وهما بعد الكبر
لخبث في الباطن والمراد من الصغير من يعقل واما الذي لا يعقل فهو ضال لا آبق فلا يتحقق عيبا
والجنون في الصغر عيب ابدا ومعناه اذا جن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري فيه
او في الكبر يرده لانه عين الاول اذ السبب في الحالين متحد وهو فساد الباطن وليس معناه
انه لا يشترط المعاودة في يد المشتري لان الله تعالى قادر على ازالته وان كان قلما يزول
فلا بد من المعاودة للرد والبخر والابط عيب في الجارية لان المقصود قد يكون الاستفراش وهما

يخالف به وليس بعيب في الغلام لان المقصود هو الاستخدام ولا يخل به الا ان يكون من داء
لان الداء عيب والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام لانه يخل بالمقصود دون الغلام
لانه يخل بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ولا يخل بالمقصود في الغلام وهو الاستخدام
الا ان يكون عادة له على ما قالوا لان اتباعهن يخل بالخدمة والكفر عيب فيهما لان طبع المسلم
ينفر عن صحبته ولانه يمتنع صرفه في بعض الكفارات فتختل الرغبة فلو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما
لا يرده لانه زوال العيب فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض او هي مستحاضة فهو عيب لان ارتفاع
الدم واستمراره علامة الداء ويعتبر في الارتفاع اقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة
فيها عند ابي حنيفة رح ويعرف ذلك بقول الامة وترد اذا انضم اليه نكول البائع قبل القبض وبعده
وبعده هو الصحيح واذا حدث عيب عند المشتري واطلع على عيب كان عند البائع صح
فله ان يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع لان في الرد اضرارا بالبائع لانه خرج عن ملكه سالما ويعود
معيبا فامتنع ولا بد من دفع الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان الا ان يرضى البائع ان يأخذه
بعيبه لانه رضي بالضرر ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب لانه امتنع الرد بالقطع
فانه عيب حادث فان قال البائع انا اقبله كذلك كان له ذلك لان الامتناع لحقه وقد رضي به
فان باعه المشتري لم يرجع بشيء لان الرد غير ممتنع برضا البائع فيصير هو بالبيع حابسا
المبيع فلا يرجع بالنقصان فان قطع الثوب وخاطه او صبغه احمر او لت السويق بسمن
ثم اطلع على عيب رجع بالنقصان لامتناع الرد بسبب الزيادة لانه لا وجه الى الفسخ في الاصل
بدونها لانها لا تنفك عنه ولا وجه اليه معها لان الزيادة ليست بمبيعة فامتنع اصلا وليس
للبائع ان يأخذه لان الامتناع لحق الشرع لا لحقه فان باعه المشتري بعد ما رأى العيب رجع
بالنقصان لان الرد ممتنع اصلا قبله فلا يكون بالبيع حابسا للمبيع وعن هذا قلنا ان من اشترى
ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه اما الموت فلان الملك
ينتهي به والامتناع حكمي لا بفعله واما الاعتاق فالقياس فيه ان لا يرجع لان الامتناع بفعله
فصار كالقتل والبيع وفي الاستحسان يرجع لان العتق انهاء الملك لان الادمي ما خلق في الاصل
محلا للملك وانما يثبت الملك فيه موقتا الى الاعتاق فكان انهاء فصار كالموت وهذا لان الشيء
يتقرر بانتهائه فيجعل كان الملك باق والرد متعذر والتدبير والاستيلاد بمنزلته لانه تعذر النقل
مع بقاء المحل بالامر الحكمي وان اعتقه على مال لم يرجع لانه انهاء الملك وان كان بعوض فان
قتل المشتري العبد او كان طعاما فاكله لم يرجع بشيء عند ابي حنيفة رح اما القتل فالمذكور

لا يرجع بالنقصان ولو كان الولد كبيرا يرجع لان التمليك حصل في الاول قبل الخياطة وفي الثاني بعده بالتسليم اليه ومن اشترى عبدا فاعتقه او مات عنده ثم اطلع على عيب صح

انه يرجع لانه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن ابي حنيفة رح

ظاهر

في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رح انه يرجع لشيء عند ابي حنيفة رح اما القتل لان قتل المولى عبده لا يتعلق
به حكم دنياوي فصار كالموت حتف انفه فيكون انهاء وجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا
مضمونا وانما يسقط الضمان هنا باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به عوضا بخلاف الاعتاق لانه
لا يوجب الضمان لا محالة كاعتاق المعسر عبدا مشتركا واما الاكل فعلى الخلاف عندهما يرجع وعنده
لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى تخرق لهما انه صنع في المبيع ما يقصد بشرائه
ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعتاق وله انه تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فاشبه البيع والقتل
ولا معتبر بكونه مقصودا الا ترى ان البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع وان اكل بعض الطعام
ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند ابي حنيفة رح لان الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض وعنهما انه يرجع
بنقصان العيب في الكل وعنهما انه يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض ومن اشترى بيضا او بطيخا او قثاء
او خيارا او جوزا فكسره فوجده فاسدا فان لم ينتفع به رجع بالثمن كله لانه تبين انه ليس بمال
فكان البيع باطلا ولا معتبر في الجوز بصلاح قشره على ما قيل لان ماليته باعتبار اللب وان كان
ينتفع به مع فساده لم يرده لان الكسر عيب حادث ولكنه يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر الامكان
وقال الشافعي رح يرده لان الكسر بتسليطه قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه
وصار كما اذا كان ثوبا فقطعه ولو وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لانه لا يخلو
عن قليل فاسد والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والمثنى في المائة وان كان الفاسد كثيرا
لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد ومن باع عبدا فباعه
المشتري ثم رد عليه بعيب فان قبل بقضاء القاضي باقرار او بينة او باباء يمين له ان يرده
على بائعه لانه فسخ من الاصل فجعل البيع كان لم يكن غاية الامر انه انكر قيام العيب لكنه صار
مكذبا شرعا بالقضاء ومعنى القضاء بالاقرار انه انكر الاقرار فاثبت بالبينة وهذا بخلاف الوكيل
بالبيع اذا رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون ردا على الموكل لان البيع هناك واحد والموجود
هنا بيعان فينفسخ الثاني لا ينفسخ الاول وان قبل بغير قضاء القاضي ليس له ان يرده
لانه بيع جديد في حق ثالث وان كان فسخا في حقهما والاول ثالثهما وفي الجامع الصغير وان
رد عليه بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له ان يخاصم الذي باعه وبهذا يتبين ان الجواب
فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث مثله سواء وفي بعض روايات البيوع ان فيما لا يحدث مثله
يرجع للتيقن بقيام العيب عند البائع الاول ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر

على قيام ودفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم المشتري بينة لانه انكر وجوب دفع الثمن حيث انكر
تعين حقه بدعوى العيب ودفع الثمن اولا ليتعين حقه بازاء تعين المبيع ولانه لو قضى بالدفع فلعله
يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضى به صونا لقضائه فان قال شهودي بالشام استحلف
البائع ودفع الثمن يعني اذا حلف لان في الانتظار ضررا بالبائع وليس في الدفع كثير ضرر به
لانه على حجته اما اذا نكل الزم العيب لانه حجة فيه ومن اشترى عبدا فادعى اباقا لم يحلف البائع
حتى يقيم المشتري البينة انه ابق عنده والمراد التحليف على انه لم يابق عنده لان القول وان كان قوله
ولكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري ومعرفته بالحجة فاذا اقامها حلفه بالله
لقد باعه وسلمه اليه وما ابق عنده قط كذا قال في الكتاب وان شاء حلفه بالله ماله حق
الرد عليك في الوجه الذي يدعي او بالله ما ابق عندك قط اما لا يحلفه بالله لقد باعه وما به
هذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لان فيه ترك النظر للمشتري لان العيب
قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد والاول ذهول عنه والثاني
يوهم تعلقه بالشرطين فيتاوله في اليمين عند قيامه وقت التسليم دون البيع
ولو لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده واراد تحليف البائع ما يعلم
انه ابق عنده يحلف على قولهما واختلف المشايخ على قول ابي حنيفة رحمه الله
لهما ان الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة فكذا يترتب التحليف وله على ما قاله
البعض ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح الا من خصم ولا يصير خصما
ولا يصير خصما الا بعد قيام العيب واذا نكل عن اليمين عندهما يحلف ثانيا للرد
على الوجه الذي قدمنا قال رحمه الله اذا كانت الدعوى في اباق العبد الكبير يحلف
ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ
ومن اشترى جارية وتقابضا فوجد بها عيبا فقال البائع بعتك هذه واخرى
معها فقال المشتري بعتنيها وحدها فالقول للمشتري لان الاختلاف في مقدار
المقبوض فيكون القول للقابض كما في الغصب وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع
واختلفا في المقبوض لما بينا ومن اشترى عبدين صفقة واحدة فقبض احدهما ووجد
بالآخر عيبا فانه ياخذهما او يدعهما لان الصفقة تتم بقبضهما فيكون تفريقها قبل التمام وقد ذكرناه
وهذا لان القبض له شبه بالعقد فالتفريق فيه كالتفريق في العقد ولو وجد في المقبوض عيبا

ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه ويروى عن ابي يوسف رحمه الله انه يرده خاصة والاصح
انه ياخذهما او يردهما لان تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فصار كحبس المبيع لما
تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول دون قبض جميعه ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا يرده
خاصة خلافا لزفر رحمه الله هو يقول فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر لان العادة جرت
بضم الردي الى الجيد فاشبه ما قبل القبض وخيار الرؤية والشرط ولنا انه تفريق
بعد التمام لان بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب وفي خيار الرؤية والشرط لا تتم به على ما مر ولهذا لو
استحق احدهما ليس له ان يرد الآخر ومن اشترى شيئا مما يكال او يوزن فوجد ببعضه
عيبا رده كله او اخذه كله ومراده بعد القبض لان المكيل اذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد الا يرى انه يسمى باسم
واحد وهو الكر ونحوه وقيل هذا اذا كان في وعاء واحد وان كان في وعائين فهو
بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الآخر ولو استحق بعضه فلا خيار
في رد ما بقي لانه لا يضره التبعيض والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضا
العاقد لا برضا المالك وهذا اذا كان بعد القبض اما لو كان ذلك قبل القبض له ان يرد
الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام وان كان ثوبا فله الخيار لان التشقيص فيه عيب وقد كان
وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا
فداواها او كانت دابة فركبها في حاجته فهو رضا لان ذلك دليل قصده الاستبقاء بخلاف
خيار الشرط لان الخيار هناك للاختبار وانه بالاستعمال فلا يكون الركوب مسقطا وان ركبها
ليردها على بائعها او ليسقيها او ليشتري لها علفا فليس برضا اما الركوب للرد فلانه سبب الرد
والجواب في السقي واشتراء العلف محمول على ما اذا كان لا يجد منه بدا لانعدام ما ذكرناه يكون رضا
ومن اشترى عبدا فقد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري له ان يرده وياخذ الثمن عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يرجع بما بين قيمته سارقا الى غير سارق وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد في يد البائع
والحاصل انه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما لهما ان الموجود في يد البائع سبب
القطع والقتل وانه لا ينافي المالية فنفذ العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده
وصار كما اذا اشترى جارية حاملا فماتت في يده بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا
الى غير حامل وله ان سبب الوجوب في يد البائع والوجوب يفضي الى الوجود فيكون الوجود
مضافا الى السبب السابق وصار كما اذا قتل المغصوب او قطع بعد الرد بجناية وجدت

اما لصعوبتها او لعجزه او لكون العلف في عدل واحد اما اذا كان يجد منه بدا صح

في يد الغاصب وما ذكر في المسئلة ممنوعة ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما عندهما
يرجع بالنقصان كما ذكرناه وعنده لا يرده بدون رضا البائع للعيب الحادث ويرجع بربع
الثمن فان قبله البائع فبثلاثة الارباع لان اليد من الآدمي نصفه وقد تلفت بالجنايتين وفي
احديهما الرجوع فيتنصف ولو تداولته الايدي ثم قطع في يد الاخير رجع الباعة بعضهم على بعض
عنده كما في الاستحقاق وعندهما يرجع الاخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه لانه بمنزلة العيب وقوله في الكتاب
ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبهما لان العلم بالعيب رضا به ولا يفيد على قوله في الصحيح لان العلم بالاستحقاق
لا يمنع الرجوع ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب فليس له ان يرده بعيب وان لم يسم
العيوب بعددها وقال الشافعي رح لا يصح البراءة بناء على مذهبه ان الابراء عن الحقوق المجهولة
لا يصح هو يقول ان في الابراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد وتمليك المجهول لا يصح ولنا ان الجهالة
في الاسقاط لا تفضي الى المنازعة وان كان في ضمنه التمليك لعدم الحاجة الى التسليم فلا تكون مفسدة
ويدخل في هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض عند ابي يوسف رح وقال محمد رح لا يدخل
فيه الحادث وهو قول زفر رح لان البراءة تتناول الثابت ولابي يوسف رح ان الغرض الزام
العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث باب البيع الفاسد
واذا كان احد العوضين او كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخمر والخنزير
وكذا اذا كان غير مملوك كالحر قال رضي الله عنه هذه فصول جمعها وفيها تفصيل نبينه ان
شاء الله تعالى فنقول البيع بالميتة والدم باطل وكذا بالحر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة
المال بالمال فان هذه الاشياء لا تعد مالا عند احد والبيع بالخمر والخنزير فاسد
لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه مال عند البعض والباطل لا يفيد ملك
التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه يكون امانة عند بعض المشايخ لان العقد
غير معتبر فبقي القبض باذن المالك وعند البعض (اي في الباطل) يكون مضمونا لانه لا يكون ادنى
حالا من المقبوض على سوم الشرى وقيل الاول قول ابي حنيفة رح والثاني قولهما
كما في بيع ام الولد والمدبر على ما نبينه ان شاء الله تعالى والفاسد يفيد الملك عند
اتصال القبض به ويكون مضمونا في يد المشتري فيه وفيه خلاف الشافعي رح وسنبينه
ان شاء الله تعالى وكذا بيع الميتة والدم والحر باطل لانها ليست اموالا فلا تكون محلا
للبيع واما بيع الخمر والخنزير ان كان بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وان كان

وان كان

لا يملكه

وان كان قوبل بعين معين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله وان كان
عين الخمر والخنزير وجه الفرق ان الخمر مال وكذا الخنزير مال عند اهل الذمة الا انه غير
متقوم لما ان الشرع امر باهانته وترك اعزازه وفي تملكه بالعقد مقصودا اعزاز
له وهذا لانه متى اشتراها بالدراهم فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما
تجب في الذمة وانما المقصود الخمر فيسقط التقوم اصلا بخلاف ما اذا اشترى الثوب
بالخمر لان مشتري الثوب انما يقصد تملك الثوب بالخمر وفيه اعزاز الثوب
دون الخمر فبقي ذكر الخمر معتبرا في تملك الثوب لا في حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية
ووجبت قيمة الثوب دون الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب لانه يعتبر شراء
الثوب بالخمر لكونه مقايضة وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد ومعناه باطل
لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد لقوله عم اعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد
في حق المدبر في الحال لبطلان الاهلية بعد الموت والمكاتب استحق يدا على نفسه لازمة
في حق المولى ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله وانه لا يجوز ولو رضي المكاتب
بالبيع ففيه روايتان والاظهر الجواز والمراد المدبر المطلق دون المقيد وفي المطلق
خلاف الشافعي رح وقد ذكرناه في العتاق وان ماتت ام الولد او المدبر في يد
المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رح وقالا عليه قيمتهما وهو رواية عنه لهما
انه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه كسائر الاموال وهذا لان المدبر وام
الولد يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم اليهما في البيع بخلاف المكاتب لانه في يد
نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان به وله ان جهة البيع انما تلحق بحقيقته في محل
يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق انفسهما
وانما ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم اليهما فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده
وانما يثبت حكم الدخول فيما ضمه اليه كذا هذا ولا يجوز بيع السمك قبل ان يصطاد لانه باع
ما لا يملكه ولا في حظيرة اذا كان لا يؤخذ الا بصيد لانه غير مقدور التسليم ومعناه اذا اخذه
ثم القاه فيها ولو كان يؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بانفسها ولم يسد عليها المدخل
لعدم الملك ولا بيع الطير في الهواء لانه غير مملوك قبل الاخذ ولو ارسله من يده فغير مقدور التسليم
ولا بيع الحمل ولا النتاج لنهي النبي عم عن بيع الحبل وحبل الحبلة ولان فيه غررا ولا بيع اللبن في الضرع

للبول فيها انتفاخ ولأنه يتنازع في كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره والصوف على ظهر
الغنم لأنه من أوصاف الحيوان ولأنه ينبت من أسفل فيختلط المبيع بغيره بخلاف القوائم لأنها تزيد
من أعلا بخلاف القصيل لأنه يمكن قلعه والقطع في الصوف متعين فيقع التنازع في موضع القطع
وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وسمن في لبن
وهو حجة على أبي يوسف رحمه الله في هذا الصوف حيث جوز بيعه فيما يروى عنه قال وجذع في
سقف وذراع من ثوب ذكرا القطع أو لم يذكراه لأنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر بخلاف ما إذا باع
عشرة دراهم من نقرة فضة لأنه لا ضرر في تبعيضه ولو لم يكن معينا لا يجوز لما ذكرنا وللجهالة
أيضا ولو قطع البائع الذراع أو قلع الجذع قبل أن يفسخ المشتري يعود صحيحا لزوال المفسد
بخلاف ما إذا باع النوى في التمر أو البذر في البطيخ حيث لا يكون صحيحا وإن شقهما وأخرج المبيع
لأن في وجودهما احتمالا أما الجذع عين موجود قال وضربة القانص وهو ما يخرج من الصيد بضرب
الشبكة مرة لأنه مجهول ولأن فيه غررا وبيع المزابنة وهو بيع التمر على النخيل بتمر مجذوذ مثل
كيله خرصا لأنه عليه السلام نهى عن بيع المزابنة والمحاقلة والمزابنة ما ذكرناه والمحاقلة بيع الحنطة
في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا ولأنه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما لو كانا
موضوعين على الأرض وكذلك العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي يجوز فيما دون خمسة
أوسق لأنه عليه السلام نهى عن بيع المزابنة ورخص في العرايا وهو أن يباع بخرصها تمرا فيما دون خمسة
أوسق قلنا العرية العطية لغة وتأويله أن يبيع المعرى له ما على النخيل من المعري بتمر مجذوذ وهو
بيع مجازا لأنه لم يملكه فيكون برا مبتدأ قال ولا يجوز البيع بإلقاء الحجر والملامسة والمنابذة وهذه
بيوع كانت في الجاهلية وهو أن يتراوض الرجلان على سلعة أي يتساومان فإذا لمسها
المشتري أو نبذها إليه البائع أو وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع فالأول بيع الملامسة والثاني
المنابذة والثالث إلقاء الحجر وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع الملامسة والمنابذة ولأن فيه تعليقا
بالخطر قال ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع ولو قال على أنه بالخيار في أن يأخذ أيهما شاء
جاز البيع استحسانا وقد ذكرناه بفروعه قال ولا يجوز بيع المراعي ولا إجارتها والمراد الكلأ أما
البيع فلأنه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث وأما الإجارة فلأنها عقدت
على استهلاك عين مباح ولو عقدت على استهلاك عين مملوك بأن استأجر بقرة ليشرب
لبنها لا يجوز فهذا أولى قال ولا يجوز بيع النحل وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد

يجوز

يجوز إذا كان محرزا وهو قول الشافعي لأنه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا فيجوز بيعه وإن كان
لا يؤكل كالبغل والحمار ولهما أنه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون
منتفعا به قبل الخروج حتى لو باع كوارة فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعا كذا ذكره الكرخي
ولا يجوز بيع دود القز عند أبي حنيفة لأنه من الهوام وعند أبي يوسف يجوز إذا ظهر فيه القز تبعا
له وعند محمد يجوز كيفما كان لكونه منتفعا به ولا يجوز بيع بيضه عند أبي حنيفة وعندهما يجوز
لمكان الضرورة وقيل أبو يوسف مع أبي حنيفة كما في دوده والحمام إذا علم عددها وأمكن
تسليمها جاز بيعها لأنه مال مقدور التسليم ولا يجوز بيع الآبق لنهي النبي عليه السلام عنه ولأنه لا يقدر على
تسليمه إلا أن يبيعه من رجل زعم أنه عنده لأن المنهي عنه بيع آبق مطلق وهو أن يكون آبقا في حق
المتعاقدين وهذا غير آبق في حق المشتري ولأنه إذا كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم وهو المانع
ثم لا يصير قابضا بمجرد العقد إذا كان في يده وكان أشهد لأنه أمانة عنده وقبض الأمانة لا ينوب
عن قبض المبيع ولو كان لم يشهد يجب أن يصير قابضا لأنه قبض غصب ولو قال هو عند فلان فبعه
مني فباعه لا يجوز لأنه آبق في حق المتعاقدين ولأنه لا يقدر على تسليمه ولو باع الآبق ثم عاد
من الإباق لا يتم ذلك العقد لأنه وقع باطلا لانعدام المحلية كبيع الطير في الهواء وعن أبي حنيفة
أنه يتم العقد إذا لم يفسخ لأن العقد انعقد لقيام المالية والمانع قد ارتفع وهو العجز عن التسليم كما إذا
أبق بعد البيع وهكذا يروى عن محمد ولا بيع لبن امرأة في قدح وقال الشافعي يجوز بيعه
لأنه مشروب طاهر ولنا أنه جزء الآدمي وهو بجميع أجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع
ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والأمة وعن أبي يوسف أنه يجوز بيع لبن الأمة لأنه يجوز
إيراد العقد على نفسها فكذا على جزئها قلنا الرق قد حل نفسها فأما اللبن فلا رق فيه لأنه يختص بمحل
القوة التي هي ضده وهي الحي ولا حياة في اللبن ولا بيع شعر الخنزير لأنه نجس العين فلا يجوز بيعه إهانة له
ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة فإن ذلك العمل لا يتأتى بدونه ويوجد مباح الأصل فلا ضرورة
إلى البيع ولو وقع في الماء القليل أفسده عند أبي يوسف وعند محمد لا يفسده لأن إطلاق
الانتفاع به دليل طهارته ولأبي يوسف أن الإطلاق للضرورة فلا يظهر إلا في حالة الاستعمال
وحالة الوقوع تغايرها ولا يجوز بيع شعور الإنسان ولا الانتفاع بها لأن الآدمي مكرم غير مبتذل
فلا يجوز أن يكون شيء من أجزائه مهانا مبتذلا وقد قال عليه السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث
وإنما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وذوائبهن ولا بيع جلود الميتة قبل أن تدبغ لأنه

غير منتفع به قال عليه السلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ على ما مر في كتاب الصلوة
ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ لانها قد طهرت بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب الصلوة ولا بأس
ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها ووبرها والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا يحلها
الموت لعدم الحيوة وقد قررناه من قبل والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد رح وعندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه
واذا كان السفل لواحد وعلوه لآخر فسقطا او سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز
لان حق التعلي ليس بمال لان المال ما يمكن احرازه والمال هو المحل للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا
للارض باتفاق الروايات ومفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ رحمهم الله لانه حظ من الماء ولهذا
يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما ذكره في كتاب الشرب وبيع الطريق وهبته جائز وبيع
مسيل الماء وهبته باطل والمسئلة تحتمل وجهين بيع رقبة الطريق والمسيل وبيع حق المرور
والتسييل فان كان الاول فوجه الفرق بين المسئلتين ان الطريق معلوم لان له طولا وعرضا
معلوما اما المسيل فمجهول لانه لا يدرى قدر ما يشغله الماء وان كان الثاني ففي بيع حق المرور روايتان
ووجه الفرق على احديهما بينه وبين حق التسييل ان حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق
اما المسيل على السطح فهو نظير حق التعلي وعلى الارض مجهول لجهالة محله ووجه الفرق بين حق المرور وحق
التعلي على احدى الروايتين ان حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء فاشبه المنافع
اما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الارض فاشبه الاعيان ومن باع جارية فاذا هو غلام
فلا بيع بينهما بخلاف ما اذا باع كبشا فاذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير والفرق يبتني على الاصل
الذي ذكرناه في النكاح لمحمد رح وهو ان الاشارة مع التسمية اذا اجتمعا ففي مختلفي الجنس
يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه وفي متحدي الجنس يتعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده
ويتخير لفوات الوصف كمن اشترى عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب وفي مسئلتنا الذكر
والانثى من بني آدم جنسان للتفاوت في الاغراض وفي الحيوانات جنس واحد لقلة التفاوت
فيها وهو المعتبر في هذا دون الاصل كالخل والدبس جنسان والوذاري والزندنيجي
على ما قالوا جنسان مع اتحاد اصلهما ومن اشترى جارية بالف درهم حالة او نسيئة فقبضها
ثم باعها من البايع قبل نقد الثمن بخمسمائة لا يجوز البيع الثاني وقال الشافعي رح يجوز لان الملك
قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البايع ومن غيره سواء فصار كما لو باع بمثل الثمن الاول
او بالزيادة او بالعرض ولنا قول عائشة رضي الله عنها لتلك المراة وقد باعت بستمائة بعد ما اشترت

بثمان مائة

بثمان مائة بئسما شريت واشتريت ابلغي زيد بن ارقم ان الله تعالى ابطل حجه وجهاده مع رسول الله
ان لم يتب ولان الثمن لم يدخل في ضمانه فاذا وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة بقي له فضل خمسمائة
وذلك بلا عوض بخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة ومن اشترى
جارية بخمسمائة ثم باعها واخرى معها من البايع قبل ان ينقده الثمن بخمسمائة فالبيع جائز
في التي لم يشترها من البايع ويبطل في الاخرى لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها
منه فيكون مشتريا الاخرى باقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتها ولا
يشيع الفساد لانه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه او لانه باعتبار شبهة الربوا او لانه طارئ لانه
يظهر بانقسام الثمن او المقاصة فلا يسري الى غيرها ومن اشترى زيتا على ان يزنه بظرفه فيطرح
عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد وان اشترى على ان يطرح عنه بوزن الظرف جاز
لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه ومن اشترى سمنا في زق فرد الظرف
وهو عشرة ارطال فقال البايع الزق غير هذا وهو خمسة ارطال فالقول قول المشتري لانه
ان اعتبر اختلافا في تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان او امينا وان اعتبر
اختلافا في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول للمشتري لانه ينكر الزيادة واذا امر
نصرانيا ببيع خمر او بشرائها ففعل جاز عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز على المسلم وعلى هذا الخلاف الخنزير
وعلى هذا توكيل المحرم غيره ببيع صيده لهما ان الموكل لا يليه فلا يوليه غيره ولان ما يثبت
للوكيل ينتقل الى الموكل فصار كانه باشره بنفسه فلا يجوز ولابي حنيفة ان العاقد هو الوكيل
باهليته وولايته وانتقال الملك الى الآمر حكمي فلا يمتنع بسبب الاسلام كما اذا ورثهما او اشتراهما
عبده المأذون ثم ان كان خمرا يخللها وان كان خنزيرا يسيبه ومن باع عبدا على ان يعتقه المشتري او يدبره
او يكاتبه او امة على ان يستولدها فالبيع فاسد لان هذا بيع وشرط وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع
وشرط ثم جملة المذهب فيه ان يقال كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد
لثبوته بدون الشرط وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين او للمعقود عليه وهو
من اهل الاستحقاق يفسده كشرط ان لا يبيع المشتري العبد المبيع لان فيه زيادة عارية عن العوض
فيؤدي الى الربوا او لانه يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده ولو كان لا يقتضيه
العقد ولا منفعة فيه لاحد لا يفسده هو الظاهر من المذهب كشرط ان لا يبيع المشتري الدابة
المبيعة لانه انعدمت المطالبة فلا يؤدي الى الربوا ولا الى المنازعة واذا ثبت هذا فنقول

هذه الشروط لا يقتضيها العقد لان قضيته الاطلاق في التصرف والتخيير لا الالزام حتما
والشرط يقتضي ذلك وفيه منفعة للمعقود عليه والشافعي رح وان كان يخالفنا في العتق ويقيسه
على بيع العبد بشرط النسمة فالحجة عليه ما ذكرناه وتفسير البيع بشرط النسمة ان يباع ممن يعلم انه يعتقه لا ان
يشترط فيه ولو اعتقه المشتري بعد ما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند
ابي حنيفة رح وقالا يبقى فاسدا حتى يجب عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب
جائزا كما اذا تلف بوجه آخر ولابي حنيفة رح ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد
على ما ذكرنا ولكن من حيث حكمه يلائمه لانه منه للملك والشيء بانتهائه يتقرر ولهذا لا يمنع
العتق الرجوع بنقصان العيب فاذا تلف بوجه آخر لم تتحقق الملائمة فيتقرر الفساد
واذا وجد العتق تحققت الملائمة فترجح جانب الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفا
وكذلك لو باع عبدا على ان يستخدمه البائع شهرا او دارا على ان يسكنها او على ان
يقرضه المشتري درهما او على ان يهدي له هدية لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين
ولانه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع وسلف ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما
شيء من الثمن يكون اجارة في بيع ولو كان لا يقابلهما يكون اعارة في بيع وقد نهى
النبي عم عن صفقتين في صفقة ومن باع عينا على ان لا يسلمها الى رأس الشهر فالبيع
فاسد لان الاجل في المبيع العين باطل فيكون شرطا فاسدا وهذا لان الاجل
شرع ترفيها فيليق بالديون دون الاعيان ومن اشترى جارية الا حملها فسد
البيع والاصل ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد
والحمل من هذا القبيل وهذا لانه بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به خلقة وبيع
الاصل يتناولها فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلم يصح فيصير شرطا فاسدا
والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع لانها تبطل بالشروط
الفاسدة غير ان المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد منها والهبة والصدقة
والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا تبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء
لان هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة وكذا الوصية لا تبطل به لكن يصح
حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية لان الوصية اخت الميراث والميراث يجري فيما
في البطن بخلاف ما اذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيها ومن اشترى ثوبا

على ان يقطعه

على ان يقطعه البائع ويخيطه قميصا او قباء فالبيع فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين
ولانه يصير صفقة في صفقة على ما مر ومن اشترى نعلا على ان يحذوه البائع او يشركه فالبيع فاسد
قال رحمه الله وهذا جواب القياس ووجهه ما بيناه وفي الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب
وللتعامل جوزنا الاستصناع والبيع الى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود
اذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الاجل وهي مفضية الى المنازعة في البيع لابتنائها
على المماكسة الا اذا كانا يعرفانه لكونه معلوما عندهما او كان التاجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا
في صومهم لان مدة صومهم بالايام معلومة فلا جهالة ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج وكذلك الى الحصاد
والدياس والقطاف والجزاز لانها تتقدم وتتاخر ولو كفل الى هذه الاوقات جاز لان الجهالة
اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم اجمعين فيها
ولانه معلوم الاصل الا ترى انها تتحمل الجهالة في اصل الدين بان تكفل بما ذاب على فلان ففي الوصف
اولى بخلاف البيع فانه لا يتحملها في اصل الثمن فكذا في وصفه بخلاف ما اذا باع مطلقا ثم اجل
الثمن الى هذه الاوقات حيث جاز لان هذا تاجيل الدين وهذه الجهالة فيه متحملة بمنزلة الكفالة
ولا كذلك اشتراطه في اصل العقد لانه يبطل بالشروط الفاسدة ولو باع الى هذه الآجال
ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل ان ياخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج
جاز البيع ايضا وقال زفر رح لا يجوز لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وصار كاسقاط
الاجل في النكاح الى اجل ولنا ان الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرره وهذه الجهالة
في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم اسقط
الدرهم الزائد لان الفساد في صلب العقد وبخلاف النكاح الى اجل لانه متعة وهو عقد غير
عقد النكاح وقوله في الكتاب ثم تراضيا خرج وفاقا لان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه
خالص حقه ومن جمع بين حر وعبد او شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما وهذا عند ابي حنيفة رح
وقالا ان سمى لكل واحد ثمنا جاز في العبد وان جمع بين عبد ومدبر او بين عبده وعبد غيره
صح البيع في العبد بحصته من الثمن عند الثلثة وقال زفر رح فسد فيهما ومتروك التسمية عامدا كالميتة
والمكاتب وام الولد كالمدبر له الاعتبار بالفصل الاول اذ محلية البيع منعدمة بالاضافة
الى الكل ولهما ان الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى الى القن كمن جمع بين الاجنبية في النكاح
بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل واحد لانه مجهول ولابي حنيفة رح وهو الفرق بين الفصلين ان الحر

واخته ح

لا يدخل تحت العقد اصلا لانه ليس بمال والبيع صفقة واحدة وكان القبول في الحر شرطا للبيع
في العبد وهذا شرط فاسد بخلاف النكاح لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة اما البيع في هؤلاء فموقوف
وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية ولهذا ينفذ في عبد الغير باجازته وفي المكاتب برضاه في الاصح
وفي المدبر بقضاء القاضي وكذا في ام الولد عند ابي حنيفة وابي يوسف رح الا ان المالك باستحقاقه
المبيع وهؤلاء باستحقاقهم انفسهم ردوا البيع فكان هذا اشارة الى البقاء كما اذا اشترى عبدين
وهلك احدهما قبل القبض وهذا لا يكون شرط القبول في غير المبيع ولا بيعا بالحصة ابتداء ولهذا
لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه فصل في احكامه واذا قبض المشتري المبيع ولزمته قيمته
وقال الشافعي رح لا يملكه وان قبضه لانه محظور فلا ينال به نعمة الملك ولان النهي نسخ المشروعية
بينهما ولهذا لا يفيد قبل القبض وصار كما اذا باع بالميتة او باع الخمر بالدراهم ولنا ان ركن البيع
صدر من اهله مضافا الى محله فوجب القول بانعقاده ولا خفاء في الاهلية والمحلية وركنه مبادلة
المال بالمال وفيه الكلام والنهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور فنفس البيع مشروع
وبه تنال نعمة الملك انما المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء وانما لا يثبت الملك
قبل القبض كيلا يؤدي الى تقرير الفساد المجاور اذ هو واجب الرفع بالاسترداد فبالامتناع
عن المطالبة اولى ولان السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح فيشترط اعتضاده
بالقبض في افادة الحكم بمنزلة الهبة والميتة ليست بمال فانعدم الركن ولو كان الخمر
مثمنا فقد خرجناه وشيء آخر انه في الخمر الواجب هو القيمة وهي تصلح ثمنا لا مثمنا
ثم شرط ان يكون القبض باذن البائع وهو الظاهر الا انه يكتفى به دلالة كما اذا قبضه
في مجلس العقد استحسانا هو الصحيح لان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرته
قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق وكذا القبض في الهبة في مجلس
العقد يصح استحسانا وشرط ان يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق
ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عليه البيع بالميتة والدم والحر والريح
والبيع مع نفي الثمن وقوله لزمته قيمته في ذوات القيم فاما في ذوات الامثال
يلزمه المثل لانه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب وهذا لان المثل صورة ومعنى
اعدل من المثل معنى ولكل واحد من المتعاقدين فسخه رفعا للفساد وهذا قبل القبض
ظاهر لانه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعا منه وكذا بعد القبض اذا كان الفساد

في صلب

في صلب العقد لقوته ولو كان بشرط زائد فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة
العقد الا انه لم يتحقق المراضاة في حق من له فان باع المشتري نفذ بيعه لانه ملكه
بالقبض فملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني ونقض
الاول لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته ولان الاول مشروع باصله دون وصفه
والثاني مشروع باصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف ولانه حصل بتسليط من جهة
البائع بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة لان كل واحد منهما حق العبد ويستويان
في المشروعية وما حصل بتسليط من الشفيع ومن اشترى عبدا بخمر او خنزير فقبضه واعتقه
او باعه او وهبه وسلمه فهو جائز وعليه القيمة لما ذكرنا انه ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته
وبالاعتاق قد هلك فتلزمه القيمة وبالبيع والهبة انقطع الاسترداد على ما مر
والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان الا انه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب
وفك الرهن لزوال المانع وهذا بخلاف الاجارة لانها تفسخ بالاعذار ورفع
الفساد عذر ولانها تنعقد شيئا فشيئا فيكون الرد امتناعا وليس للبائع في البيع
الفاسد ان ياخذ المبيع حتى يرد الثمن لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن وان مات
البائع فالمشتري احق به حتى يستوفي الثمن لانه يقدم عليه في حياته فكذا على ورثته وغرمائه
بعد وفاته كالراهن ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة ياخذها بعينها لانها يتعين في البيع الفاسد
وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب وان كانت مستهلكة اخذ مثلها لما بينا ومن باع دارا
بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها عند ابي حنيفة رح رواه يعقوب عنه في الجامع الصغير
ثم شك بعد ذلك في الرواية وقال ابو يوسف ومحمد رح ينقض البناء وترد الدار والغرس على هذا
لهما ان حق الشفيع اضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه الى القضاء ويبطل بالتاخير بخلاف
حق البائع ثم اضعف الحقين لا يبطل بالبناء فاقواهما اولى وله ان البناء والغرس
مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البائع فينقطع حق الاسترداد كالبيع
بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يبطل بهبة المشتري وبيعه فكذا ببنائه
وشك يعقوب في حفظ الرواية عن ابي حنيفة رح وقد نص محمد رح على الاختلاف في كتاب الشفعة
فان حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف ومن اشترى
جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح ويطيب للبائع ما ربح في الثمن

والفرق ان الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها فيتمكن الخبث في الربح والدراهم والدنانير
لا يتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلا يتمكن الخبث فلا يجب التصدق وهذا
في الخبث الذي سببه فساد الملك اما الخبث لعدم الملك عند ابي حنيفة ومحمد رح يشمل النوعين لتعلق
العقد فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث انه يتعلق به سلامة المبيع او تقدير
الثمن وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة والشبهة
هي المعتبرة دون النازل عنها وكذا اذا ادعى على آخر مالا فقضاه اياه ثم تصادقا انه لم يكن
عليه شيء وقد ربح المدعي في الدراهم ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين
فصل فيما يكره ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش وهو ان يزيد في الثمن ولا يريد الشراء
ليرغب غيره قال عم لا تناجشوا وعن السوم على سوم غيره قال عم لا يستام الرجل
على سوم اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه ولان في ذلك ايحاشا واضرارا وهذا اذا
تراضى المتعاقدان على مبلغ ثمن في المساومة فاما اذا لم يركن احدهما الى الآخر فهو
بيع من يزيد ولا بأس به على ما نذكره وما ذكرناه محمل النهي في النكاح ايضا وعن تلقي الجلب
وهذا اذا كان يضر باهل البلد فان كان لا يضر لا بأس به الا اذا لبس السعر على
الواردين فحينئذ يكره لما فيه من الغرور والضرر وعن بيع الحاضر للبادي وقد قال عليه السلام
لا يبيع الحاضر للبادي وهذا اذا كان اهل البلد في قحط وعوز وهو يبيع من اهل البدو
طمعا في الثمن الغالي لما فيه من الاضرار بهم اما اذا لم يكن كذلك فلا بأس به لانعدام
الضرر والبيع عند اذان الجمعة قال الله وذروا البيع ثم فيه اخلال بواجب السعي على بعض الوجوه
وقد ذكرنا الاذان المعتبر فيه في كتاب الصلوة قال وكل ذلك يكره لما ذكرنا ولا يفسد به البيع
لان الفساد في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة ولا بأس ببيع
من يزيد وتفسيره ما ذكرنا وقد صح ان النبي عم باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد ولانه بيع
الفقراء والحاجة ماسة اليه نوع منه قال ومن ملك مملوكين صغيرين احدهما ذو رحم
محرم من الآخر لم يفرق بينهما وكذلك ان كان احدهما كبيرا والاصل فيه قوله عليه السلام من فرق
بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيمة ووهب النبي عم لعلي رضي الله عنه غلامين
اخوين صغيرين ثم قال له ما فعلت بالغلامين فقال بعت احدهما ادرك ادرك ويروى اردد اردد
ولان الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده وكان في بيع احدهما قطع الاستئناس

والمنع

والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد اوعد عليه ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة
للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا يدخل الزوجان حتى جاز التفريق
بينهما لان النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده ولا بد من اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا
حتى لو كان احد الصغيرين له والآخر لصغيره لا بأس ببيع واحد منهما ولو كان التفريق بحق مستحق لا بأس
به كدفع احدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لان المنظور اليه دفع الضرر عن غيره
لا الاضرار به فان فرق كره ذلك وجاز العقد وعن ابي يوسف رح انه لا يجوز في قرابة الولاد
ويجوز في غيرها وعنه انه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا فان الامر بالادراك والرد لا يكون
الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من اهله في محله وانما الكراهة لمعنى مجاور فشابه
كراهة الاستيام وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما لانه ليس في معنى ما ورد به النص
وقد صح انه عليه السلام فرق بين مارية وسيرين وكانتا امتين اختين باب الاقالة الاقالة
جائزة في البيع بمثل الثمن الاول لقوله عليه السلام من اقال نادما بيعته اقال الله عثرته يوم
القيمة ولان العقد حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما فان شرط اكثر منه او اقل فالشرط باطل
ويرد مثل الثمن الاول والاصل ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما الا
ان لا يمكن جعله فيجعل فسخا الا ان لا يمكن فيبطل وهذا عند ابي حنيفة رح وعند ابي يوسف رح
وعند محمد رح هو فسخ الا اذا تعذر جعله فسخا فيجعل بيعا الا ان لا يمكن فيبطل لمحمد رح ان اللفظ
للفسخ والرفع ومنه يقال اقلني عثرتي فتوفر عليه قضيته فاذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع
الا يرى انه بيع في حق الثالث ولابي يوسف رح انه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو حد
البيع ولهذا تبطل بهلاك السلعة وترد بالعيب وتثبت به الشفعة وهذه احكام البيع
ولابي حنيفة رح ان اللفظ ينبئ عن الرفع والفسخ كما قلنا والاصل اعمال الالفاظ في مقتضياتها
الحقيقية ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند التعذر لانه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فتعين
البطلان وكونه بيعا في حق الثالث امر ضروري لانه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك
لا مقتضى الصيغة اذ لا ولاية لهما على غيرهما اذا ثبت هذا فنقول اذا شرط الاكثر فالاقالة على
الاول لتعذر الفسخ على الزيادة اذ رفع ما لم يكن ثابتا محال فيبطل الشرط لان الاقالة لا تبطل بالشروط
الفاسدة بخلاف البيع لان الزيادة يمكن اثباتها في العقد فيتحقق الربوا اما لا يمكن اثباتها في رفع
وكذا اذا شرط الاقل لما بينا الا ان يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الاقالة بالاقل لان الحط

هو بيع الا ان لا يمكن جعله بيعا فيجعل فسخا الا ان لا يمكن فيبطل صح

يجعل بازاء ما فات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند
ابي يوسف رح وعند محمد رح جعله بيعا ممكن فاذا زاد كان قاصدا بهذا البيع وكذا في شرط الاقل
عند ابي يوسف رح لانه هو الاصل عنده وعند محمد رح هو فسخ بالثمن الاول لانه سكوت عن بعض
الثمن الاول ولو سكت عن الكل وانه يكون فسخا فهذا اولى بخلاف ما اذا زاد واذا دخله
عيب فهو فسخ بالاقل لما قلنا ولو اقال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند ابي حنيفة رح
ويجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما قلنا ولو ولدت المبيعة ولدا ثم تقايلا فالاقالة قبل القبض
في المنقول لتعذر البيع وفي العقار يكون بيعا عنده لامكان البيع فان بيع العقار قبل القبض جائز
عنده وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها لان رفع البيع يستدعي قيامه وهو
قائم بالمبيع دون الثمن فان هلك بعض المبيع جازت الاقالة في باقيه لقيام البيع فيه وان تقايضا
تجوز الاقالة بعد هلاك احدهما ولا تبطل بهلاك احدهما لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع باقيا

باب المرابحة والتولية

المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح والتولية
نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح فالبيعان جائزان لاستجماع شرائط
الجواز والحاجة ماسة الى هذا النوع من البيع لان الغبي الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج
الى ان يعتمد فعل الذكي المهتدي وتطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول
بجوازهما ولهذا كان مبناهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها وقد صح ان
النبي عليه السلام لما اراد الهجرة ابتاع ابو بكر رضي الله عنه بعيرين فقال له النبي عم ولني احدهما
فقال هو لك بغير شيء فقال اما بغير ثمن فلا ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض مما له
مثل لانه اذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة ولو كان المشتري باعه مرابحة ممن يملك
ذلك البدل وقد باعه بربح درهم او بشيء من المكيل الموصوف جاز لانه يقدر على الوفاء
بما التزم وان باعه بربح ده يازده لا يجوز لانه باعه برأس المال وببعض قيمته لانه ليس من
ذوات الامثال ويجوز ان يضيف الى رأس المال اجرة القصار والصبغ والطراز
والفتل واجرة حمل الطعام لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس المال في عادة
التجار ولان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به هذا هو الاصل وما عددناه بهذه الصفة لان الصبغ
واخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة اذ القيمة تختلف باختلاف المكان ويقول قام علي
بكذا ولا يقول اشتريته بكذا كيلا يكون كاذبا وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف اجر الراعي وكراء

باطلة عنده لان الولد مانع من الفسخ وعندهما يكون بيعا والاقالة قبل القبض في المنقول فسخ عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وكذا عند ابي يوسف رح صح

بيت الحفظ

بيت الحفظ لانه لا يزيد في العين والمعنى وبخلاف اجر التعليم لان ثبوت الزيادة لمعنى فيه وهو
حذاقته فان اطلع المشتري على خيانة في المرابحة فهو بالخيار عند ابي حنيفة رح ان شاء اخذه
بجميع الثمن وان شاء تركه وان اطلع على خيانة في التولية اسقطها من الثمن وقال ابو يوسف رح
يحط فيهما وقال محمد رح يخير فيهما لمحمد رح ان الاعتبار للتسمية لكونه معلوما والتولية والمرابحة ترويج
وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة فيتخير لفواته ولابي يوسف رح ان الاصل فيه
كونه تولية ومرابحة ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن الاول او بعتك مرابحة على الثمن الاول
اذا كان ذلك معلوما فلا بد من البناء على الاول وذلك بالحط غير انه يحط في التولية قدر الخيانة
من رأس المال وفي المرابحة منه ومن الربح ولابي حنيفة رح انه لو لم يحط في التولية لا تبقى تولية لانه يزيد على
الثمن الاول فيتغير التصرف فتعين الحط وفي المرابحة لو لم يحط تبقى مرابحة وان كان يتفاوت الربح فلا يتغير
التصرف فامكن القول بالتخيير فلو هلك قبل ان يرده او حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه جميع الثمن في الرواية
الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لانه مطالبة
بتسليم الفائت فيسقط ما يقابله عند عجزه ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه فان باعه مرابحة
طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك وان كان استغرق الثمن لم يبعه مرابحة وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا
يبيعه مرابحة على الثمن الاخير صورته اذا اشترى بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه
مرابحة على خمسة ويقول قام علي بخمسة ولو اشترى بعشرة وباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه بعشرة
لا يبيعه مرابحة اصلا وعندهما يبيعه مرابحة على العشرة في الفصلين لهما ان العقد الثاني عقد متجدد
منقطع الاحكام عن الاول فيجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث ولابي حنيفة رح ان شبهة حصول
الربح بالعقد الثاني ثابتة لانه يتاكد به بعد ما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب والشبهة
كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطا ولهذا لم تجز المرابحة فيما اخذ بالصلح لشبهة الحطيطة فيصير كانه
اشترى ثوبا وخمسة بعشرة فيطرح خمسة بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التاكيد حصل بغيره واذا
اشترى العبد الماذون له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة
عشر فانه مرابحة على عشرة وكذلك ان كان المولى اشتراه فباعه من العبد لان في هذا العقد
شبهة العدم لجوازه مع المنافي فاعتبر عدما في حكم المرابحة وبقي الاعتبار للاول فيصير كانه
العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الاول وكانه يبيعه للمولى في الفصل الثاني فيعتبر
الثمن الاول واذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه

التصرف

في رب المال بخمسة فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف لان هذا البيع وان قضي بجوازه
عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر رح مع انه اشترى ماله بماله لما فيه من استفادة ولاية التصرف
وهو مقصود والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم الا يرى انه وكيل عنه في البيع الاول
من وجه فاعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف الربح ومن اشترى جارية فاعورت او وطئها
وهي ثيب يبيعها مرابحة ولا يبين لانه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن لان الاوصاف
تابعة لا يقابلها الثمن ولهذا لو فاتت قبل التسليم لا يسقط شيء من الثمن وكذا منافع البضع
لا يقابلها الثمن والمسئلة فيما اذا لم ينقصها الوطء وعن ابي يوسف رح في الفصل الاول
انه لا يبيع من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي رح اما اذا فقأ عينها بنفسه او فقأها
اجنبي فاخذ ارشها لم يبعها مرابحة حتى يبين لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابله شيء
من الثمن وكذا اذا وطئها وهي بكر لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها
ولو اشترى ثوبا فاصابه قرض فار او حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان ولو
تكسر بنشره وطيه لا يبيعه حتى يبين والمعنى ما بينا ومن اشترى غلاما بالف
درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين فعلم المشتري فان شاء رده وان شاء
قبل لان للاجل شبها بالمبيع الا يرى انه يزاد في الثمن لاجل الاجل والشبهة
في هذا ملحقة بالحقيقة فصار كانه اشترى شيئين وباع احدهما مرابحة بثمنهما
والاقدام على المرابحة يوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة فاذا ظهرت يخير كما في العيب
وان استهلكه ثم علم لزمه بالف ومائة لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن وان كان ولاه
اياه ولم يبين رده ان شاء لان الخيانة في التولية مثلها في المرابحة لانه بناء على الثمن
الاول وان كان استهلكه ثم علم لزمه بالف حالة لما ذكرنا وعن ابي يوسف رح انه يرد القيمة ويسترد
كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الانفاق وسنبينه من بعد
ان شاء الله تعالى وقيل يقوم بثمن حال ومؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه
منجم معتاد قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبينه لان الثمن حال ومن
ولى رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن فان اعلمه
البائع يعني في المجلس فهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لان الفساد لم يتقرر فاذا حصل
العلم في المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتأخير القبول الى آخر المجلس وبعد الافتراق قد تقرر

فلا يقبل

فلا يقبل الاصلاح ونظيره بيع الشيء برقمه اذا علم في المجلس وانما يتخير لان الرضا لم يتم
قبله لعدم العلم فيتخير كما في خيار الرؤية فصل ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجز له
بيعه حتى يقبضه لانه عم نهى عن بيع ما لم يقبض ولان فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك
ويجوز بيع العقار قبل القبض عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يجوز رجوعا الى اطلاق
الحديث واعتبارا بالمنقول وصار كالاجارة ولهما ان ركن البيع صدر من اهله في محله ولا غرر
لان الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول والغرر المنهي غرر انفساخ العقد والحديث معلول به عملا بدلائل
الجواز والاجارة قيل على هذا الخلاف ولو سلم فالمعقود عليه في الاجارة المنافع وهلاكها غير نادر
ومن اشترى مكيلا مكايلة او موزونا موازنة فاكتاله او اتزنه ثم باعه مكايلة او موازنة لم يجز
للمشتري منه ان يبيعه ولا ان ياكله حتى يعيد الكيل والوزن لان النبي عم نهى عن بيع الطعام حتى
يجري فيه صاعان صاع للبائع وصاع للمشتري ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبائع
والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز بخلاف ما اذا باعه مجازفة لان الزيادة له وبخلاف
القدر ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع وان كان بحضرة المشتري لانه ليس صاع البائع والمشتري
وهو الشرط ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لان الكيل من باب التسليم لان به يصير المبيع معلوما
ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث
فانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم
ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما نبين في باب السلم ان شاء الله تعالى ولو اشترى المعدود
عدا فهو كالمذروع فيما يروى عنهما لانه ليس بمال الربوا وكالموزون فيما يروى عن ابي حنيفة رح
لانه لا يحل له الزيادة على المشروط قال والتصرف في الثمن قبل القبض جائز لقيام المطلق وهو
الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعينها بالتعيين بخلاف المبيع ويجوز للمشتري
ان يزيد البائع في الثمن ويجوز للبائع ان يزيد في المبيع ويجوز ان يحط من الثمن ويتعلق الاستحقاق
بجميع ذلك فالزيادة والحط يلتحقان باصل العقد عندنا وعند زفر رح والشافعي رح
لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة لهما انه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا
لانه يصير ملكه عوض ملكه فلا يلتحق باصل العقد وكذلك الحط لان كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع
فلا يمكن اخراجه فصار برا مبتدأ ولنا انهما بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع
الى وصف مشروع وهو كونه رابحا او خاسرا او عدلا ولهما ولاية الدفع فاولى ان يكون لهما ولاية

التغيير وصار كما إذا أسقط الخيار أو شرطاه بعد العقد ثم إذا صح يلتحق بأصل العقد لأن وصف
الشيء يقوم به لا بنفسه بخلاف حط الكل لأنه تبديل لأصله لا تغيير لوصفه فلا يلتحق به وعلى اعتبار
الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل
ويباشر على الباقي في الحط وفي الشفعة حتى يأخذ بما بقي في الحط وإن كان للشفيع أن يأخذ بدون الزيادة
لما في الزيادة من إبطال حقه الثابت فلا يملكانه ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية
لأن المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه والشيء يثبت ثم يستند بخلاف الحط لأنه بحال يمكن
إخراج البدل عما يقابله فيلتحق بأصل العقد استنادا ومن باع بثمن حال ثم أجله أجلا معلوما
صار مؤجلا لأن الثمن حقه فله أن يؤخره تيسيرا على من عليه ألا ترى أنه يملك إبراءه مطلقا فكذا
موقتا ولو أجله إلى أجل مجهول إن كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح لا يجوز وإن كانت
متقاربة كالحصاد والدياس يجوز لأنه بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه من قبل وكل دين حال إذا أجله صاحبه
صار مؤجلا لما ذكرنا إلا القرض فإن تأجيله لا يصح لأنه إعارة وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظ
الإعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء
لا يلزم التأجيل فيه كما في الإعارة إذ لا جبر في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لأنه يصير بيع
الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربا وهذا بخلاف ما إذا أوصى أن يقرض من ماله ألف درهم
فلانا إلى سنة حيث يلزم من ثلثه أن يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لأنه وصية بالتبرع بمنزلة
الوصية بالخدمة والسكنى فيلزمه حقا للموصي

باب الربا

الربا محرم في كل مكيل أو موزون إذا بيع
بجنسه متفاضلا فالعلة الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس قال ره ويقال القدر مع الجنس
وهو أشمل والأصل فيه الحديث المشهور وهو قوله ع الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل
ربا وعد الأشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال
ويروى بروايتين بالرفع مثل وبالنصب مثلا ومعنى الأول بيع التمر ومعنى الثاني بيعوا التمر
والحكم معلول بإجماع القائسين لكن العلة عندنا ما ذكرناه وعند الشافعي ره الطعم في المطعومات
والثمنية في الأثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص والأصل هو الحرمة عنده لأنه نص على شرطين
التقابض والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح فيعلل بعلة تناسب
إظهار الخطر والعزة وهو الطعم لبقاء الإنسان به والثمنية لبقاء الأموال التي هي مناط
المصالح بها ولا أثر للجنسية في ذلك فجعلناه شرطا والحكم قد يدور مع الشرط ولنا أنه أوجب المماثلة

شرطا

شرطا في البيع وهو المقصود بسوقه تحقيقا لمعنى البيع إذ هو ينبئ عن التقابل وذلك بالتماثل أو صيانة
لأموال الناس عن التوى أو تتميما للفائدة باتصال التسليم به ثم يلزم عند فوته حرمة الربا و
والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوي الذات والجنسية تسوي المعنى
فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربا لأن الربا هو الفضل المستحق لأحد العاقدين في المعاوضة
الخالي عن عوض شرط فيه ولا يعتبر الوصف لأنه لا يعد تفاوتا عرفا أو لأن في اعتباره سد باب
البياعات أو لقوله ع جيدها ورديئها سواء والطعم والثمنية من أعظم وجوه المنافع والسبيل
في مثلها الإطلاق بأبلغ الوجوه لشدة الاحتياج إليها دون التضييق فيه فلا معتبر بما ذكر
إذا ثبت هذا نقول إذا بيع المكيل أو الموزون بجنسه مثلا بمثل جاز البيع لوجود شرط الجواز وهو المماثلة
في المعيار ألا ترى إلى ما يروى مكان قوله مثلا بمثل كيلا بكيل وفي الذهب بالذهب وزنا بوزن
وإن تفاضلا لم يجز لتحقق الربا ولا يجوز بيع الجيد بالرديء مما فيه الربا إلا مثلا بمثل لإهدار
التفاوت في الوصف ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين لأن المساواة بالمعيار
ولم يوجد فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الإتلاف وعند الشافعي ره العلة هي الطعم
ولا مخلص وهو المساواة فيحرم وما دون نصف صاع في حكم الحفنة لأنه لا تقدير في الشرع بما دونه
ولو تبايعا مكيلا أو موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر
والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية وإذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم إليه
حل التفاضل والنساء لعدم العلة المحرمة والأصل فيه الإباحة وإذا وجدا حرم التفاضل
والنساء لوجود العلة وإذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء مثل أن يسلم
هرويا في هروي أو حنطة في شعير فحرمة ربا الفضل بالوصفين وحرمة النساء بأحدهما وقال
الشافعي ره الجنس بانفراده لا يحرم النساء بالنقدية وعدمها لا يثبت إلا شبهة الفضل وحقيقة
الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد بالاثنين فالشبهة أولى ولنا أنه مال الربا من وجه نظرا
إلى القدر أو الجنس والنقدية أوجبت فضلا في المالية فتتحقق شبهة الربا وهي مانعة كالحقيقة
إلا أنه إذا أسلم النقود في الزعفران ونحوه يجوز وإن جمعهما الوزن لأنهما لا يتفقان في صفة
الوزن فإن الزعفران يوزن بالأمناء وهو مثمن يتعين بالتعيين والنقود توزن بالسنجات
وهي ثمن لا يتعين بالتعيين ولو باع بالنقود موازنة وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن
وفي الزعفران وأشباهه لا يجوز فإذا اختلفا فيه صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه

فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم
على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل ابدا وان ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة والشعير والتمر والملح وكل
ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون ابدا مثل الذهب والفضة لان النص اقوى
من العرف والاقوى لا يترك بالادنى وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لانها دلالة
وعن ابي يوسف انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك لمكان العادة
فكانت هي المنظور اليها وقد تبدلت فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساويا وزنا او الذهب
متماثلا كيلا لا يجوز عندهما وان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة
الا انه يجوز الاسلام في الحنطة ونحوها وزنا لوجود الاسلام في معلوم وكل ما ينسب الى الرطل
فهو وزني معناه ما يباع بالاواقي لانها قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع
بها وزنا بخلاف سائر المكاييل واذا كان موزونا فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله
لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان يعتبر فيه قبض
عوضيه في المجلس لقوله عليه السلام الفضة بالفضة هاء وهاء معناه يدا بيد وسنبين الفقه في الصرف
ان شاء الله تعالى وما سواه مما فيه الربا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض خلافا للشافعي رح في بيع الطعام بالطعام
له قوله عليه السلام في الحديث المعروف يدا بيد ولانه اذا لم يقبض في المجلس فيتعاقب القبض وللنقد
مزية فيتحقق شبهة الربوا ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب وهذا
لان الفائدة المطلوبة انما هي التمكن من التصرف ويترتب ذلك على التعيين بخلاف الصرف لان
القبض فيه ليتعين به ومعنى قوله عليه السلام يدا بيد عينا بعين كذا رواه عبادة بن الصامت وتعاقب القبض
لا يعتبر تفاوتا في المالية عرفا بخلاف النقد والمؤجل قال ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة
بالتمرتين والجوزة بالجوزتين لانعدام المعيار فلا يتحقق الربوا والشافعي رح يخالفنا لوجود
الطعم على ما مر قال ويجوز بيع الفلس بالفلسين باعيانهما عند ابي حنيفة وابي يوسف رح
وقال محمد رح لا يجوز لان الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما واذا بقيت
اثمانا لا تتعين فصار كما اذا كانا بغير اعيانهما وكبيع الدرهم بالدرهمين ولهما ان الثمنية
في حقهما تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما واذا بطلت الثمنية تتعين
بالتعيين ولا يعود وزنيا لبقاء الاصطلاح على العد اذ في نقضه في حق العدد فساد العقد
فصار كالجوزة بالجوزتين بخلاف النقود لانها للثمنية خلقة وبخلاف ما اذا كانا بغير اعيانهما

لانه

لانه كالئ بالكالئ وقد نهي عنه وبخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده
يحرم النساء قال ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق لان المجانسة باقية من وجه لانهما
من اجزاء الحنطة والمعيار فيهما الكيل لكن الكيل غير مسوي بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما
فيه وتخلخل حبات الحنطة فلا يجوز وان كان كيلا بكيل قال ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا
كيلا لتحقق الشرط وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند ابي حنيفة رح متفاضلا ولا متساويا
لانه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية ولا يجوز بيع السويق بالحنطة فكذا بيع اجزائهما لقيام المجانسة
وعندهما يجوز لانهما جنسان لاختلاف المقصود قلنا معظم المقصود وهو التغذي يشملهما
ولا يبالى بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية والعلكة بالمسوسة ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رح اذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز الا اذا كان اللحم المفرز
اكثر ليكون بعض اللحم بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربوا من حيث زيادة السقط
او من حيث زيادة اللحم فصار كالخل بالسمسم ولهما انه باع الموزون بما ليس بموزون
لان الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لانه يخفف نفسه مرة ويثقل اخرى
بخلاف تلك المسئلة لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين
الثجير ويوزن الثجير ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز لقوله عليه السلام
حين سئل عنه اوينقص اذا جف فقيل نعم فقال عليه السلام لا اذا وله ان الرطب تمر لقوله عليه السلام
حين اهدي اليه اوكل تمر خيبر هكذا سماه تمرا وبيع التمر بمثله جائز لما روينا ولانه
لو كان تمرا جاز البيع باول الحديث وان كان غير تمر فبآخره وهو قوله عليه السلام اذا
اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ومدار ما رويناه على زيد بن عياش وهو ضعيف
عند النقلة وكذا العنب بالزبيب يعني على الخلاف والوجه ما بيناه وقيل لا يجوز بالاتفاق
اعتبارا بالحنطة المقلية بغير المقلية والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا عندنا لانه
بيع التمر بالتمر وكذا بيع الحنطة الرطبة او المبلولة بمثلها او باليابسة او التمر او الزبيب
المنقع بالمنقع منهما عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يجوز جميع ذلك
لانه يعتبر المساواة في اعدل الاحوال وهو المآل وابو حنيفة رح يعتبره في الحال وكذا
ابو يوسف رح عملا باطلاق الحديث الا انه ترك الاصل في بيع الرطب بالتمر
بما رويناه لهما ووجه الفرق لمحمد رح بين هذه الفصول وبين الرطب بالرطب ان التفاوت

من وجه

او غير المنقع

فيما يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع بقاء
احدهما على ذلك فيكون تفاوتا في عين المعقود عليه وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد
زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتا في المعقود عليه فلا يعتبر قال ولو باع البسر بالتمر
متفاضلا لا يجوز لان البسر تمر بخلاف الكفرى حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان
بواحد لانه ليس بتمر فان هذا الاسم له في اول ما تنعقد صورته لا قبله والكفرى عددي
(اول ما ينشق من النخل)
متفاوت حتى لو باع التمر به نسيئة لا يجوز للجهالة قال ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت
والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج اكثر مما في الزيتون والسمسم فيكون الدهن بمثله
والزيادة بالثجير لان عند ذلك تعرى عن الربوا اذ ما فيه من الدهن موزون وهذا لان ما فيه
لو كان اكثر او مساويا فالثجير وبعض الدهن او الثجير وحده فضل ولو لم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز
لاحتمال الربوا والشبهة كالحقيقة والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه
على هذا الاعتبار واختلفوا في القطن بغزله والكرباس بالقطن يجوز كيفما كان بالاجماع
قال ويجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ومراده لحم البقر والابل والغنم فاما البقر
والجواميس جنس واحد وكذا المعز والضان وكذا العراب مع البخاتي وكذا البان البقر والغنم
وعن ابي حنيفة رح انها جنس واحد وكذا المعز لاتحاد المقصود ولنا ان الاصول مختلفة
حتى لا يكمل نصاب احدهما بالآخر في الزكوة فكذا اجزاؤها اذا لم تتبدل بالصنعة قال
وكذا خل الدقل بخل العنب للاختلاف بين اصليهما وكذا بين مائيهما ولهذا كان عصيرهما
(التمر الردي)
جنسين وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد وكذا شحم البطن بالالية
او باللحم لانها اجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا ويجوز
بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا لان الخبز صار عدديا او موزونا فخرج من ان يكون مكيلا
من كل وجه والحنطة مكيلة وعن ابي حنيفة رح انه لا خير فيه والفتوى على الاول وهذا اذا كانا
نقدين فان كان الحنطة نسيئة جاز ايضا وان كان الخبز نسيئة يجوز عند ابي يوسف رح
وعليه الفتوى وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح ولا خير في استقراضه عددا او وزنا عند ابي حنيفة رح
لانه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور والتقدم والتأخر وعند محمد رح يجوز بهما للتعامل
وعند ابي يوسف رح يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت في آحاده ولا ربوا بين المولى
وعبده لان العبد وما في يده ملك مولاه فلا يتحقق الربوا وهذا اذا كان ماذونا

له

له ولم يكن عليه دين فان كان عليه دين لا يجوز لان ما في يده ليس ملك المولى عند ابي حنيفة رح وعندهما
تعلق به حق الغرماء فصار كالاجنبي فيتحقق الربوا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه ولا بين المسلم
وبين الحربي في دار الحرب خلافا لابي يوسف رحمه الله والشافعي رحمه الله لهما الاعتبار بالمستأمن منهم
في دارنا ولنا قوله عم لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولان مالهم مباح في دارهم فبأي
طريق اخذه المسلم اخذ مالا مباحا اذا لم يكن فيه غدر (بخلاف المستأمن منهم) الا ان ماله صار محظورا بعقد الامان باب
الحقوق ومن اشترى منزلا فوقه منزل فليس له الاعلى الا ان يشتريه بكل حق هو له او بمرافقه او بكل
قليل وكثير هو له فيه او منه ومن اشترى بيتا فوقه بيت بكل حق لم يكن له الاعلى ومن اشترى
دارا بحدودها فله العلو والكنيف جمع بين المنزل والبيت والدار فاسم الدار ينتظم العلو لانه اسم
لما ادير عليه الحدود والعلو من توابع الاصل واجزائه فيدخل فيه والبيت اسم لما يبات فيه والعلو
مثله والشيء لا يكون تبعا لمثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص عليه والمنزل بين الدار والبيت
لانه يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور اذ لا يكون فيه منزل الدواب فلشبهه بالدار يدخل
العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل بدونه وقيل في عرفنا يدخل العلو في
جميع لان كل بيت يسمى خانه ولا يخلو عن علو وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف لانه
من توابعه ولا يدخل الظلة الا بذكر ما ذكرنا عند ابي حنيفة رح لانه مبنى على هواء الطريق فاخذ حكمه
وعندهما ان كان مفتحه في الدار يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا لانه من توابعه فشابه الكنيف ومن اشترى
بيتا في دار او منزلا او مسكنا لم يكن له الطريق الا ان يشتريه بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل
وكثير وكذا الشرب والمسيل لانه خارج الحدود الا انه من التوابع فيدخل بذكر التوابع بخلاف الاجارة
لانها تعقد للانتفاع ولا يتحقق الا به اذ المستأجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستأجره فيدخل
(اي الطريق والشرب)
تحصيلا للفائدة المطلوبة منه اما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لان المشتري عادة يشتريه
ويتجر فيه فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة والله اعلم باب الاستحقاق ومن اشترى جارية
فولدت عنده فاستحقها رجل ببينة فانه يأخذها وولدها وان اقر بها لرجل لم يتبعها
ولدها ووجه الفرق ان البينة حجة مطلقة فانها كاسمها مبينة فيظهر بها ملكه في الاصل
والولد كان متصلا بها فيكون له اما الاقرار فحجة قاصرة يثبت الملك في المخبر به ضرورة
صحة الاخبار وقد اندفعت باثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له ثم قيل يدخل الولد
في القضاء بالام تبعا وقيل يشترط القضاء بالولد واليه يشير المسائل فان القاضي اذا لم يعلم

(حاشية: لعدم تحقق الربا لعدم وجود البيع بخلاف في دار الاسلام … لعدم تحقق البيع … فانه يلزم منه المفاسد … لعدم تحقق الربوا … لانه لا يتحقق البيع فلا يتحقق الربا … [illegible])

(حاشية: لعدم تحقق الربوا لعدم وجود البيع)

بالزوائد قال محمد رحمه الله لا يدخل الزوائد في الحكم وكذا اذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم
بالام تبعا ومن اشترى عبدا فاذا هو حر وقد قال العبد للمشتري اشترني فاني عبد له فان كان
البائع حاضرا او غائبا غيبة معروفة لم يكن على العبد شيء وان كان البائع لا يدرى اين هو رجع
المشتري على العبد ورجع هو على البائع وان ارتهن مقرا بالعبودية فوجده حرا لم يرجع عليه على كل حال وعن
ابي يوسف رحمه الله انه لا يرجع فيهما لان الرجوع بالمعاوضة او بالكفالة والموجود ليس الا الاخبار كاذبا
فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك او قال ارتهني فاني عبد وهي المسئلة الثانية ولهما ان المشتري
شرع في الشراء معتمدا على امره واقراره باني عبد اذ القول له في الحرية فيجعل العبد بالامر بالشراء ضامنا
للثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للغرور والضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه والبيع عقد معاوضة
فامكن ان يجعل الامر به ضمانا للسلامة كما هو موجبه بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة
للاستيفاء حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الامر
به ضمانا للسلامة وبخلاف الاجنبي لانه لا يعبأ بقوله فلا يتحقق الغرور ونظير مسئلتنا
قول المولى بايعوا عبدي هذا فاني قد اذنت له ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول
ابي حنيفة رحمه الله لان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى وقيل ان
كان الوضع في حرية الاصل فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الام وقيل هو
شرط لكن التناقض غير مانع لخفاء العلوق وان كان الوضع في الاعتاق فالتناقض لا يمنع
لاستبداد المولى به وصار كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلث قبل الخلع والمكاتب يقيمها
على الاعتاق قبل الكتابة ومن ادعى حقا في دار معناه حقا مجهولا فصالحه الذي في يده
على مائة درهم فاستحقت الدار الا ذراعا منها لم يرجع بشيء رجع بحسابه لان التوفيق
غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامة المبدل ودلت المسئلة على ان الصلح عن المجهول
على معلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى المنازعة فصل في بيع الفضولي
ومن باع ملك غيره فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وقال الشافعي رحمه الله
لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقدا ولا انعقاد الا
بالقدرة الشرعية ولنا انه تصرف تمليك وقد صدر من اهله في محله فوجب القول بانعقاده
اذ لا ضرر فيه للمالك مع تخيره بل فيه نفعه حيث يكفى مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وغيره وفيه
نفع العاقد بصون كلامه عن الالغاء وفيه نفع المشتري فتثبت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه
الوجوه كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل ياذن في التصرف النافع وله الاجازة

ثم ظهر الاستحقاق يرجعون عليه بقيمته صح

لان للمدعي ان يقول دعواي في هذا الباقي
فان ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم
فاستحق منها شيء صح

اذا كان

اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك
بقيام العاقدين والمعقود عليه واذا اجاز المالك كان الثمن مملوكا له امانة في يده بمنزلة الوكيل لان
الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة وللفضولي ان يفسخ قبل الاجازة دفعا للحقوق عن نفسه
بخلاف الفضولي في النكاح لانه معبر محض هذا اذا كان الثمن دينا فان كان عرضا معينا انما تصح الاجازة
اذا كان العرض ايضا باقيا ثم الاجازة اجازة نقد لا اجازة عقد حتى يكون العرض الثمن
مملوكا للفضولي وعليه مثل المبيع ان كان مثليا او قيمته ان لم يكن مثليا لانه شراء من وجه والشراء
لا يتوقف على الاجازة ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة الوارث في الفصلين لانه توقف
على اجازة المورث لنفسه فلا يجوز باجازة غيره ولو اجاز المالك في حيوته ولا يعلم حال
المبيع جاز البيع في قول ابي يوسف رحمه الله اولا وهو قول محمد رحمه الله لان الاصل بقاؤه ثم رجع ابو يوسف
وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة فلا يثبت
مع الشك ومن غصب عبدا فباعه واعتقه المشتري ثم اجاز المولى البيع فالعتق جائز
استحسانا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز لانه لا عتق بدون الملك قال
عليه السلام لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم والموقوف لا يفيد الملك ولو ثبت في الآخرة يثبت
مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه والمصحح للاعتاق الملك التام لما روينا ولهذا
لا يصح ان يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان ولا ان يعتق المشتري والخيار للبائع ثم
يجيز البائع وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع انه اسرع نفاذا حتى نفذ من
الغاصب اذا ادى الضمان وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان
ولهما ان الملك يثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولا ضرر فيه على ما مر
فيتوقف الاعتاق مرتبا عليه وينفذ بنفاذه وصار كاعتاق المشتري من الراهن واعتاق
الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة بالديون يصح وينفذ اذا قضى الديون بعد ذلك
بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه لان الغصب غير موضوع لافادة الملك وبخلاف ما اذا كان
في البيع خيار للبائع لانه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده في حق الحكم اصلا
وبخلاف المشتري من الغاصب اذا باع لان بالاجازة يثبت للبائع ملك بات فاذا
طرأ على ملك موقوف لغيره ابطله واما اذا ادى الغاصب الضمان ينفذ اعتاق المشتري
منه كذا ذكره هلال وهو الصحيح وان قطعت يد العبد فاخذ ارشها ثم اجاز البيع فالارش

للمشتري للمشتري لان الملك تم له من وقت الشرى فتبين ان القطع حصل على ملكه وهذه
حجة على محمد رحمه الله والعذر له ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده
واخذ الارش ثم رد في الرق يكون الارش للمولى وكذا اذا قطعت يد المشتري في يد المشتري
والخيار للبائع ثم اجيز البيع فالارش للمشتري بخلاف الاعتاق على ما مر ويتصدق بما زاد
على نصف الثمن لانه لم يدخل في ضمانه او فيه شبهة عدم الملك قال فان باعه المشتري من آخر ثم اجاز
المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة
والبيع يفسد به بخلاف الاعتاق عندهما لانه لا يؤثر فيه الغرر فان لم يبعه المشتري فمات
في يده او قتل ثم اجاز البيع لم يجز لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد
فات بالموت وكذا بالقتل اذ لا يمكن ايجاب البدل للمشتري بالقتل حتى يعد باقيا ببقاء
البدل لانه لا ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل بالبدل فتحقق الفوات بخلاف البيع
الصحيح لان ملك المشتري ثابت فامكن ايجاب البدل له فيكون المبيع قائما بقيام خلفه ومن باع
عبد غيره بغير امره فاقام المشتري البينة على اقرار البائع او رب العبد انه لم يامره بالبيع واراد
رد المبيع لم تقبل بينته للتناقض في الدعوى اذ الاقدام على الشراء اقرار منه بصحته والبينة
مبنية على صحة الدعوى وان اقر البائع بذلك عند القاضي بطل البيع ان طلب المشتري ذلك
لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار فللمشتري ان يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فلهذا شرط
شرط طلب المشتري قال رضي الله عنه ذكر في الزيادات ان المشتري اذا صدق مدعيه ثم اقام
البينة على اقرار البائع انه للمستحق يقبل وفرقوا ان العبد في هذه المسئلة في يد المشتري
وفي تلك في يد غيره وهو المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالما للمشتري
ومن باع دار الرجل وادخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع عند ابي حنيفة رحمه الله وهو
قول ابي يوسف رحمه الله آخرا وكان يقول اولا يضمن البائع وهو قول محمد رحمه الله وهي مسئلة غصب العقار
وسنبينه في الغصب ان شاء الله

باب السلم

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية
المداينة فقد قال ابن عباس رضي الله عنهما ان الله احل السلف المضمون
وانزل فيها اطول آية في كتابه وتلا قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين
وبالسنة وهو ما روي انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم
والقياس وان كان يأباه ولكنا تركناه بما رويناه ووجه القياس انه بيع

في البيع الاول

المعدوم

المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه وهو جائز في المكيلات والموزونات لقوله عليه السلام
من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم والمراد بالموزونات
غير الدراهم والدنانير لانهما اثمان والمسلم فيه لا بد ان يكون مثمنا فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون
باطلا وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بحسب الامكان والعبرة في العقود
للمعاني والاول اصح لان التصحيح انما يجب في محل اوجبا العقد فيه ولا يمكن ذلك وكذا في المذروعات
لانه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ولا بد منها لترتفع الجهالة فيتحقق شرط
صحة السلم وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض لان العددي المتقارب
معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه والصغير والكبير سواء باصطلاح الناس
على اهدار التفاوت بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت آحاده تفاوتا فاحشا و
بتفاوت الآحاد في المالية يعرف العددي المتفاوت وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز
في بيض النعامة لانه يتفاوت آحاده في المالية ثم كما يجوز السلم فيه عددا يجوز كيلا وقال
زفر رحمه الله لا يجوز كيلا لانه عددي وليس بمكيل وعنه انه لا يجوز عددا ايضا للتفاوت ولنا
ان المقدار مرة يعرف بالعدد وتارة بالكيل وانما صار معدودا بالاصطلاح فيصير مكيلا
باصطلاحهما وكذا في الفلوس عددا وقيل هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد
لا يجوز لانها اثمان ولهما ان الثمنية في حقهما باصطلاحهما فتبطل باصطلاحهما ولا تعود وزنا
وقد ذكرناه من قبل ولا يجوز السلم في الحيوان وقال الشافعي يجوز لانه يصير معلوما ببيان
الجنس والسن والنوع والصفة والتفاوت بعد ذلك يسير فاشبه الثياب ولنا
انه بعد ذكر ما ذكر يبقى تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة فيفضي الى المنازعة
بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد فقلما يتفاوت الثوبان اذا نسجا على منوال واحد وقد صح
انه عليه السلام نهى عن السلم في الحيوان ويدخل فيه جميع اجناسه حتى العصافير ولا في اطرافه كالرؤس
والاكارع للتفاوت اذ هو عددي لا مقدر لها ولا في الجلود عددا ولا في الحطب حزما ولا في
الرطبة جرزا للتفاوت الا اذا عرف ذلك بان بين طول ما يشد به الحزمة انه شبر او
ذراع فحينئذ يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا
من حين العقد الى حين المحل لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل او على العكس
او منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز وقال الشافعي رحمه الله يجوز اذا كان موجودا وقت المحل لوجود

المقدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله عم لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها ولان
القدرة على التسليم بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل ليتمكن من التحصيل ولو انقطع
بعد المحل فرب السلم بالخيار ان شاء فسخ السلم وان شاء انتظر وجوده لان السلم قد صح
والعجز الطارئ على شرف الزوال فصار كاباق المبيع قبل القبض ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوما
وضربا معلوما لا ينقطع في زمان الشتاء حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقا وانما يجوز
وزنا لا عددا لما ذكرنا وعن ابي حنيفة رح انه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي تقطع اعتبارا
بالسلم في اللحم عنده ولا خير في السلم في اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز لانه موزون
مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل ويجوز استقراضه وزنا ويجري فيه ربوا الفضل بخلاف لحم
الطيور لانه لا يمكن وصف موضع منه وله انه مجهول للتفاوت في قلة العظم وكثرته او في سمنه
وهزاله على اختلاف فصول السنة وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة وفي مخلوع العظم لا يجوز
على الوجه الثاني وهو الاصح والتضمين بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض وبعد التسليم فالمثل
اعدل من القيمة ولان القبض يعاين فيعرف مثل المقبوض في وقته اما الوصف فلا يكتفى به
ولا يجوز السلم الا مؤجلا وقال الشافعي رح يجوز حالا لاطلاق الحديث ورخص في السلم ولنا
قوله عم الى اجل معلوم فيما رويناه ولانه شرع رخصة دفعا لحاجة المفاليس فلا بد من الاجل
ليقدر على التحصيل فيه فيسلم ولو كان قادرا على التسليم لم يوجد المرخص فبقي على النافي
ولا يجوز الا باجل معلوم لما روينا ولان الجهالة فيه مفضية الى المنازعة كما في البيع والاجل
ادناه شهر وقيل ثلثة ايام وقيل اكثر من نصف يوم والاول اصح ولا يجوز السلم بمكيال
رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه معناه اذا لم يعرف مقداره لانه تاخر فيه التسليم فربما يضيع
فيؤدي الى المنازعة وقد مر من قبل ولا بد ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع
مثلا فان كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة الا في قرب الماء
للتعامل فيه كذا عن ابي يوسف رح ولا في طعام قرية بعينها او ثمرة نخلة بعينها لانه قد يعتريه آفة
فلا قدرة على التسليم واليه اشار عم حيث قال ارايت لو اذهب الله الثمر بم يستحل احدكم مال
اخيه ولو كانت النسبة الى قرية لبيان الصفة لا باس به على ما قالوا كالخشمراني ببخارا
او البساخي بفرغانة ولا يصح السلم عند ابي حنيفة رح الا بسبع شرائط جنس معلوم كقولنا حنطة
او شعير ونوع معلوم كقولنا سقية او بخسية وصفة معلومة كقولنا جيد او ردي ومقدار معلوم

لانه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم اذ هو غير منقطع ولا يجوز السلم فيه عددا للتفاوت ولا خير في السلم في السمك الطري الا في حينه وزنا معلوما وضربا معلوما صح

عند ابي ح وقالا اذا وصف من اللحم صح

كقولنا

كقولنا كذا كيلا بمكيال معروف وكذا وزنا واجل معلوم والاصل فيه ما رويناه والفقه ما بيناه
ومعرفة مقدار راس المال اذا كان يتعلق العقد على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود
وتسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان له حمل ومؤنة وقالا لا يحتاج الى تسمية راس المال
اذا كان معينا ولا الى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهاتان مسئلتان لهما في الاولى ان
المقصود يحصل بالاشارة فاشبه الثمن والاجرة وصار كالثوب وله انه ربما يوجد بعضها
زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدري كم بقي او ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه
فيحتاج الى رد راس المال والموهوم في هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافي بخلاف ما اذا كان
راس المال ثوبا لان الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره ومن فروعه اذا اسلم في
جنسين ولم يبين راس مال كل واحد او اسلم جنسين لم يبين مقدار احدهما ولهما في الثانية
ان مكان العقد يتعين لوجود العقد الموجب للتسليم فيه ولانه لا يزاحمه مكان آخر فيه فيصير نظير
اول اوقات الامكان في الاوامر وصار كالقرض والغصب ولابي حنيفة رح ان التسليم
غير واجب في الحال فلا يتعين مكان العقد بخلاف القرض والغصب واذا لم يتعين فالجهالة فيه
تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف الاماكن فلا بد من البيان وصار كجهالة
الصفة وعن هذا قال من قال من المشايخ ان الاختلاف فيه عنده يوجب التحالف كما في
الصفة وقيل على عكسه لان تعين المكان قضية العقد عندهما وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة
والقسمة وصورتها اذا اقتسما دارا وجعلا مع نصيب احدهما شيئا له حمل ومؤنة وقيل لا يشترط
في الثمن والصحيح انه يشترط اذا كان مؤجلا وهو اختيار شمس الائمة السرخسي رح وعندهما يتعين
مكان الدار ومكان تسليم الدابة للايفاء لا بالاجماع لانه لا يختلف قيمته ويوفيه في المكان
الذي اسلم فيه قال رحمه الله وهذا رواية الجامع الصغير في البيوع وذكر في الاجارات يوفيه في اي
مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء ولا وجوب في الحال ولو عين مكانا قيل
لا يتعين لانه لا يفيد وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق ولو عين المصر فيما له حمل
ومؤنة يكتفى به لانه مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا ولا يصح السلم حتى يقبض راس
المال قبل ان يفارقه فيه اما اذا كان من النقود فلانه افتراق عن دين بدين كان عينا
فلان السلم اخذ عاجل باجل اذ الاسلام والاسلاف ينبئان عن التعجيل وقد نهى النبي صلى الله
عليه وسلم عن الكالي بالكالي وان كان عينا فلان السلم اخذ عاجل باجل اذ الاسلام

ذلك

وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء صح

والاسلاف يتنافيان عن التعجيل فلا بد من قبض احد العوضين ليتحقق معنى الاسم ولانه لا بد من
تسليم رأس المال ليتقلب المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم ولهذا قلنا لا يصح السلم اذا كان
فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم وكذا
لا يثبت فيه خيار الرؤية لانه غير مفيد بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض ولو اسقط
خيار الشرط قبل الافتراق ورأس المال قائم جاز خلافا لزفر وقد مر نظيره وجملة الشروط
جمعوها في قولهم اعلام رأس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتأجيله وبيان مكان الايفاء
والقدرة على تحصيله فان اسلم مائتي درهم في كر حنطة مائة منها دين على المسلم اليه ومائة
نقد فالسلم في حصة الدين باطل لفوات القبض ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه و
لا يشيع الفساد لان الفساد طارئ اذ السلم وقع صحيحا ولهذا لو نقد رأس المال قبل الافتراق
صح الا انه يبطل بالافتراق لما بينا وهذا لان الدين لا يتعين في البيع الا ترى انهما لو تبايعا عينا
بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل البيع فينعقد صحيحا ولا يجوز التصرف في رأس مال السلم والمسلم فيه
قبل القبض اما الاول فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد واما الثاني فلان المسلم فيه مبيع
والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز ولا يجوز الشركة والتولية في المسلم فيه قبل قبضه لانه تصرف
فيه فان تقايلا السلم لم يكن له ان يشتري من المسلم اليه برأس المال شيئا حتى يقبضه كله لقوله عليه السلام
لا تأخذ الا سلمك او رأس مالك اي عند الفسخ ولانه اخذ شبها بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل
قبضه وهذا لان الاقالة بيع جديد في حق ثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فجعل
رأس المال مبيعا لانه دين مثله الا انه لا يجب قبضه في المجلس لانه ليس في حكم الابتداء من كل وجه
وفيه خلاف زفر والحجة عليه ما ذكرنا ومن اسلم في كر حنطة فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء
وان امره ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز لانه اجتمعت الصفقتان
بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي عليه السلام عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان وهذا هو محمل الحديث على ما مر
والسلم وان كان سابقا لكن قبض المسلم فيه لاحق وانه بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين
حقيقة وان جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشراء
وان لم يكن سلما وكان قرضا فامره بقبض الكر جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظ
الاعارة فكان المردود عين المأخوذ مطلقا حكما فلا تجتمع الصفقتان ومن اسلم في كر فامر رب السلم
ان يكيله المسلم اليه في غرائر رب السلم ففعل وهو غائب لم يكن قضاء لان الامر لم يصح

لم يصح

لم يصح لانه لم يصادف ملك الآمر لان حقه في الدين دون العين فصار المسلم اليه مستعيرا
للغرائر منه وقد جعل ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع اليه كيسا ليزنها
المديون فيه لم يصر قابضا ولو كانت الحنطة مشتراة والمسئلة بحالها صار قابضا لان
الامر قد صح حيث صادف ملكه لانه ملك العين بالبيع الا ترى انه لو امره بالطحن كان الطحين في السلم
للمسلم اليه وفي الشراء للمشتري لصحة الامر وكذا اذا امره ان يصبه في البحر في السلم
يهلك من مال المسلم اليه وفي الشراء من مال المشتري ويتقرر الثمن عليه لما قلنا ولهذا يكتفى بذلك
الكيل في الشراء في الصحيح لانه نائب عنه في الكيل والقبض بالوقوع في غرائر المشتري ولو امره في الشراء ان
يكيله في غرائر البائع ففعل لم يصر قابضا لانه استعار غرائره ولم يقبضها فلا تصير الغرائر في يده
وكذا الحنطة لانها تقع فيه وصار كما لو امره ان يكيله ويعزله في ناحية من بيت البائع لان البيت بناحيته في يده
فلم يصر المشتري قابضا ولو اجتمع العين والدين والغرائر للمشتري ان بدأ بالعين صار قابضا
اما العين فلصحة الامر فيه واما الدين فلاتصاله بملكه وبمثله يصير قابضا كمن استقرض حنطة
وامره ان يزرعها في ارضه وكمن دفع الى صائغ خاتما وامره ان يزيد من عنده نصف دينار
وان بدأ بالدين فصار بالدين لم يصر قابضا اما الدين فلعدم صحة الامر واما العين فلانه خلطه
بملكه قبل التسليم فصار مستهلكا عند ابي حنيفة فينتقض البيع وهذا الخلط غير مرضي به
من جهته لجواز ان يكون مراده البداية بالعين وعندهما هو بالخيار ان شاء نقض البيع وان
شاء شاركه في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما ومن اسلم جارية في كر حنطة و
قبضها المسلم اليه ثم تقايلا فماتت في يد المسلم اليه فعليه قيمتها يوم قبضها ولو تقايلا بعد هلاك
الجارية جاز لان صحة الاقالة تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم
المعقود عليه انما هو المسلم فيه فصحت الاقالة حال بقائه واذا جاز ابتداء فاولى ان يبقى انتهاء واذا
انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعا فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب رد قيمتها ولو اشترى
جارية بالف ثم تقايلا فماتت في يد المشتري بطلت الاقالة ولو تقايلا بعد موتها فالاقالة
باطلة لان المعقود عليه في البيع انما هو الجارية فلا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الاقالة ابتداء
لانعدام محله وهذا بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الاقالة وتبقى بعد هلاك احد العوضين لان كل واحد
منهما مبيع فيه ومن اسلم الى رجل دراهم في كر حنطة فقال المسلم اليه شرطت لك رديئا وقال رب
السلم لم تشترط شيئا فالقول قول المسلم اليه لان رب السلم متعنت في انكاره الصحة لان المسلم فيه

لان البقاء اسهل م

لا يبقى انتهاء م

يربوا على راس المال في العادة وفي عكسه قالوا يجب ان يكون القول لرب السلم عند ابي حنيفة ؒ
لانه يدعي الصحة وان كان صاحبه منكرا وعندهما قول المسلم اليه لانه منكر وان انكر الصحة وسنقرره
من بعد ان شاء الله ولو قال المسلم اليه لم يكن له اجل وقال رب السلم بل كان له اجل فالقول
قول رب السلم لان المسلم اليه متعنت في انكاره حقا له وهو الاجل والفساد لعدم الاجل غير متيقن
لمكان الاجتهاد فلا يعتبر النفع في رد راس المال بخلاف عدم الوصف وفي عكسه القول لرب
السلم عندهما لانه ينكر حقا عليه فيكون القول قوله وان انكر الصحة كرب المال اذا قال
للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح
فالقول لرب المال لانه ينكر استحقاق الربح وان انكر الصحة وعند ابي حنيفة ؒ القول للمسلم اليه
لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا بخلاف مسئلة
المضاربة لانه ليس بلازم فلم يعتبر الاختلاف فبقي مجرد دعوى استحقاق الربح اما السلم
لازم فصار الاصل ان من خرج كلامه تعنتا فالقول لصاحبه بالاتفاق وان خرج خصومة
ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول لمدعي الصحة عنده وعندهما للمنكر وان انكر
الصحة ويجوز السلم في الثياب اذا بين طولا وعرضا ورقعة لانه اسلم في معلوم مقدور
التسليم على ماذكرنا وان كان ثوب حرير لا بد من بيان وزنه ايضا لانه مقصود فيه
ولا يجوز السلم في الجواهر ولا في الخرز لان احادها تتفاوت تفاوتا فاحشا وفي صغار
اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم لانه مما يعلم بالوزن ولا بأس بالسلم في اللبن
والآجر اذا سمي ملبنا معلوما لانه عددي متقارب لا سيما اذا سمي الملبن وكل
ما امكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه لانه لا يفضي الى المنازعة وما لا
تنضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه لانه دين وبدون الوصف يبقى
مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة ولا بأس بالسلم في طست او قمقمة او خفين او نحو
ذلك اذا كان يعرف لاستجماع شرائط السلم وان كان لا يعرف فلا خير فيه
لانه دين مجهول وان استصنع شيئا من ذلك بغير اجل جاز استحسانا للاجماع الثابت
بالتعامل وفي القياس لا يجوز لانه بيع المعدوم والصحيح انه يجوز بيعا لا عدة
والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما والمعقود عليه العين دون العمل حتى لو جاء به
مفروغا لا من صنعته او من صنعته قبل العقد فاخذه ولا يتعين الا باختياره

المراد من الرقعة الغلظ والثخانة وبه يحترز من الرقيق ١٢

مطلب مهم في قاعدة السلم

حتى لو باعه

حتى لو باعه الصانع قبل ان يراه المستصنع جاز وهذا كله هو الصحيح وهو بالخيار
ان شاء اخذه وان شاء تركه لانه اشترى ما لم يره ولا خيار للصانع كذا ذكره
في المبسوط وهو الاصح وعن ابي حنيفة ؒ ان له الخيار ايضا لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه
الا بضرر وهو قطع الصرم وغيره وعن ابي يوسف ؒ انه لا خيار لهما اما الصانع فلما ذكرنا
واما المستصنع فلان في اثبات الخيار له اضرارا بالصانع لانه لا يشتريه غيره بمثله
ولا يجوز فيما لا تعامل فيه كالثياب لعدم المجوز وفيما فيه تعامل انما يجوز اذا امكن اعلامه
بالوصف ليمكن التسليم وانما قال بغير اجل لانه لو ضرب الاجل فيما فيه تعامل يصير سلما
عند ابي حنيفة ؒ خلافا لهما ولو ضربه فيما لا تعامل فيه يصير سلما بالاتفاق لهما ان اللفظ
حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته ويحمل الاجل على التعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه
لانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح ولابي حنيفة ؒ انه دين يحتمل السلم وجواز السلم
باجماع لا شبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم اولى
مسائل منثورة ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء
وعن ابي يوسف ؒ انه لا يجوز بيع الكلب العقور لانه غير منتفع به وقال الشافعي ؒ لا يجوز
بيع الكلب لقوله صلى الله عليه وسلم ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب ولانه نجس العين والنجاسة
تشعر بهوان المحل وجواز البيع يشعر باعزازه فكان منتفيا ولنا انه صلى الله عليه وسلم
نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية ولانه منتفع به حراسة واصطيادا فكان مالا
فيجوز بيعه بخلاف الهوام المؤذية لانه لا ينتفع بها والحديث محمول على الابتداء قلعا لهم عن الاقتناء
ولا نسلم نجاسة العين ولئن سلم فيحرم التناول دون البيع ولا يجوز بيع الخمر والخنزير لقوله
عليه السلام فيه ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها ولانه ليس بمال في حقنا وقد ذكرناه
واهل الذمة في البياعات كالمسلمين لقوله عليه السلام في ذلك الحديث فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين
وعليهم ما على المسلمين ولانهم مكلفون محتاجون كالمسلمين الا في الخمر والخنزير خاصة فان
عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لانها اموال
في اعتقادهم ونحن امرنا بان نتركهم وما يدينون دل عليه قول عمر رضي الله عنه ولوهم
بيعها وخذوا العشر من اثمانها ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بالف درهم على اني
ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف ففعل فهو جائز ويأخذ الالف من المشتري والخمسمائة

في الضمان وان كان لم يقل من الثمن جاز البيع بالالف ولا شيء على الضمين واصله
ان الزيادة في الثمن والمثمن جائزة عندنا وتلتحق باصل العقد خلافا لزفر والشافعي رح
لانه تغيير للعقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه عدلا او خاسرا
او رابحا ثم قد لا يستفيد المشتري بها شيئا بان زاد في الثمن وهو يساوي
المبيع بدونها فيصح اشتراطها على الاجنبي كبدل الخلع لكن من شرطها المقابلة تسمية
وصورة فاذا قال من الثمن وجد شرطها فيصح واذا لم يقل من الثمن لم يوجد شرطها
فلم يوجد فلم يصح ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح
جائز لوجود سبب الولاية وهو الملك في الرقبة على الكمال وهذا قبض لان وطي
الزوج حصل بتسليط من جهته فصار فعله كفعله فان لم يطأها فليس بقبض والقياس
ان يصير قابضا لانه تعييب حكمي فيعتبر بالتعييب الحقيقي وجه الاستحسان ان في الحقيقي
استيلاء على المحل وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمي فافترقا ومن اشترى عبدا
فغاب ولم ينقد الثمن فاقام البائع بينة انه باعه اياه ولم يقبض الثمن فان
كانت غيبته معروفة لم يبع في دين البائع لانه يمكن ايصال البائع الى حقه بدون
البيع وفيه ابطال حق المشتري ولو لم يدر اين هو بيع العبد واوفى الثمن لان ملك
المشتري ظهر باقراره فيظهر على الوجه الذي اقر به مشغولا بحقه واذا تعذر استيفاؤه
يبيعه القاضي فيه كالراهن اذا مات والمشتري اذا مات مفلسا والمبيع لم يقبض
بخلاف ما بعد القبض لان حقه لم يبق متعلقا به ثم ان فضل شيء يمسكه للمشتري
لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو ايضا فان كان المشتري اثنين فغاب احدهما فللحاضر
ان يدفع الثمن كله ويقبضه فاذا حضر الآخر لم ياخذ نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن وهذا
قول ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف اذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض الا نصيبه
وكان متطوعا بما ادى عن صاحبه لانه قضى دين غيره بغير امره فلا يرجع عليه
وهو اجنبي عن نصيب صاحبه فلا يقبضه ولهما انه مضطر فيه لانه لا يمكنه الانتفاع
بنصيبه الا باداء جميع الثمن لان البيع صفقة واحدة وله حق الحبس ما بقي شيء
منه والمضطر يرجع كمعير الرهن واذا كان له ان يرجع عليه كان له الحبس عنه الى ان
يستوفي حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى بالثمن من مال نفسه ومن اشترى جارية

جارية

جارية بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان لانه اضاف المثقال اليهما على السواء
فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الاولوية وبمثله لو اشترى جارية بالف من الذهب
والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة لانه اضاف الالف اليهما
فينصرف الى الوزن المعهود في كل واحد منهما ومن له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه
زيوفا وهو لا يعلم فانفقها او هلكت فهو قضاء عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف
يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه لان حقه في الوصف مرعي كهو في الاصل ولا يمكن رعايته
بايجاب ضمان الوصف لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ما قلنا ولهما انه من جنس
حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه الا في الجودة ولا يمكن
تداركها بايجاب ضمانها لما ذكرنا وكذا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه ولا نظير له واذا
افرخ طير في ارض رجل فهو لمن اخذه وكذا اذا باض فيها وكذا اذا تكنس فيها ظبي لانه مباح سبقت يده اليه
ولانه صيد وان كان يؤخذ بغير حيلة والصيد لمن اخذه وكذا البيض اصل الصيد ولهذا
يجب الجزاء على المحرم بكسره او شيه وصاحب الارض لم يعد ارضه لذلك فصار كنصب شبكة للجفاف
وكما اذا دخل الصيد داره او وقع ما نثر من السكر والدراهم في ثيابه ما لم يكفه او كان مستعدا
له بخلاف ما اذا عسل النحل في ارضه لانه عد من انزاله فيملكه تبعا لارضه كالشجر النابت فيه
والتراب المجتمع في ارضه بجريان الماء

كتاب الصرف

الصرف هو البيع اذا كان كل واحد
من عوضيه من جنس الاثمان سمي به للحاجة الى النقل في بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل
والرد لغة او لانه لا يطلب منه الا الزيادة اذ لا ينتفع بعينه والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله
الخليل ومنه سميت العبادة النافلة صرفا فان باع فضة بفضة او ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل
وان اختلفا في الجودة والصياغة لقوله عم الذهب بالذهب مثلا بمثل وزنا بوزن يدا
بيد والفضل ربوا وقال جيدها ورديها سواء وقد ذكرناه في البيوع ولا بد من قبض العوضين
قبل الافتراق لما روينا ولقول عمر رض وان استنظرك ان يدخل بيته فلا تنظره ولانه
لا بد من قبض احدهما ليخرج العقد عن الكالي بالكالي ثم لا بد من قبض الآخر تحقيقا للمساواة
فلا يتحقق الربوا ولان احدهما ليس باولى من الآخر فوجب قبضهما سواء كانا يتعينان كالمصوغ
او لا يتعينان كالمضروب او يتعين احدهما ولا يتعين الآخر لاطلاق ما روينا ولانه ان كان
يتعين ففيه شبهة عدم التعين لكونه ثمنا خلقة فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة في الربوا والمراد

منه الافتراق بالابدان حتى لو ذهبا بمشيان معًا في جهة واحدة او ناما في المجلس او اغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رضي الله عنهما وان وثب من سطح فثب معه وكذا المعتبر ما ذكرنا في قبض راس المال بخلاف خيار المخيرة لانه يبطل بالاعراض وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله عليه السلام الذهب بالورق ربوا الا هاء وهاء فان افترقا في الصرف قبل قبض العوضين او احدهما بطل العقد لفوات الشرط ولهذا لا يصح شرط الخيار ولا الاجل لان باحدهما لا يبقى القبض مستحقا وبالثاني يفوت القبض المستحق الا اذا اسقط الخيار في المجلس فيعود الى الجواز لارتفاعه قبل تقرره ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع فاسد في الثوب لان القبض مستحق بالعقد حقا لله تعالى وفي تجويزه فواته وكان ينبغي ان يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر لان الدراهم لا تتعين فينصرف العقد الى مطلقها ولكنا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان البيع لا بد منه ولا شيء سوى الثمنين فيجعل كل واحد منهما مبيعا لعدم الاولوية وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز وليس من ضرورة كونه مبيعا ان يكون متعينا كما في المسلم فيه ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة لان المساواة غير مشروطة فيه ولكن يشترط القبض في المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منه ان يبتغي الواجب وكذا لو اشتراها بالفي مثقال الف نسيئة والف نقدا فالنقد ثمن الطوق لان الاجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية والمباشرة على وجه الجواز هو الظاهر منهما وكذا لو باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون ودفع من الثمن خمسين جاز البيع وكان المقبوض حصة الحلية وان لم يبين ذلك لما بينا وكذلك اذا قال خذ هذه الخمسين من ثمنهما لان الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد احدهما فيحمل عليه لظاهر حاله فان لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد في الحلية لانه صرف فيها وكذا في السيف ان كان لا يتخلص الا بضرر لانه لا يمكن تسليمه بدون الضرر ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كالجذع في السقف وان كان يتخلص بغير ضرر جاز البيع في السيف وبطل في الحلية لانه امكن افراده بالبيع فصار كالطوق والجارية وهذا اذا كانت الفضة المفردة ازيد مما فيه فان كانت مثله او اقل منه او لا يدرى لا يجوز البيع للربوا او لاحتماله وجهة الصحة من وجه وجهة الفساد من وجهين فترجحت ومن باع اناء فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل العقد فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الاناء مشتركا بينهما لانه صرف كله فصح فيما وجد شرطه

بخلاف بيعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا ومن باع جارية قيمتها الف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة فيه الف مثقال فضة بالفي مثقال فضة ونقد من الثمن الف مثقال ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضة لان قبض حصة الطوق واجب في المجلس صح

بطل

بطل فيما لم يوجد والفساد طارئ لانه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع ولو استحق بعض الاناء فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي بحصته وان شاء رد لان الشركة عيب في الاناء وان باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها اخذ ما بقي بحصتها ولا خيار له لانه لا يضره التبعيض ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس بخلافه وقال زفر والشافعي لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع كر شعير وكر حنطة بكري شعير وكري حنطة لهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين والتغيير لا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف كما اذا اشترى قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز وان امكن صرف الربح الى الثوب وكذا اذا اشترى عبدا بالف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بالف وخمسمائة لا يجوز في المشترى بالف وان امكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك احدهما لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض فسد العقد في الدرهمين ولا يصرف الدرهم الى الثوب لما ذكرنا ولنا ان المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد كما في مقابلة الجنس بالجنس وانه طريق متعين لتصحيحه فيحمل عليه وفيه تغيير وصفه لا اصله لانه يبقى موجبه الاصلي وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وصار كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا لتصرفه بخلاف مسئلة المرابحة لانه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله الى الثوب والطريق في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف الى المشترى وفي الثالثة اضيف البيع الى المنكر وهو ليس بمحل للبيع والمعين ضده وفي الاخيرة انعقد العقد صحيحا والفساد في حالة البقاء وكلامنا في الابتداء ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع وتكون العشرة بمثلها والدينار بالدرهم لان شرط البيع في الدراهم التماثل على ما روينا فالظاهر انه اراد به ذلك فبقي الدرهم بالدينار وهما جنسان لا يعتبر التساوي فيهما ولو تبايعا فضة بفضة او ذهبا بذهب ومع اقلهما شيء آخر يبلغ قيمته باقي الفضة جاز البيع من غير كراهة وان لم يبلغ فمع الكراهة وان لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع لتحقق الربوا اذ الزيادة لا يقابلها عوض ومن كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بعشرة دراهم

اي المسئلة الاخيرة

اي الدراهم

ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز ومعنى المسألة اذا باع بعشرة مطلقة
ووجهه انه يجب بهذا العقد ثمن يجب تعيينه بالقبض لما ذكرنا والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة
بنفس العقد لعدم المجانسة واذا تقاصا يتضمن ذلك فسخ الاول والاضافة الى الدين اذ لو
لا ذلك يكون استبدالا ببدل الصرف وفي الاضافة الى الدين تقع المقاصة بنفس العقد على ما نبينه
والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء كما اذا تبايعا بالف ثم بالف وخمسمائة وزفر
يخالفنا لانه لا يقول بالاقتضاء وهذا اذا كان الدين سابقا وان كان لاحقا فكذلك
في اصح الروايتين لتضمنه انفساخ العقد الاول والاضافة الى دين قائم وقت تحويل العقد فكفى
ذلك للجواز ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة والغلة
ما يرده بيت المال ويأخذه التجار ووجهه تحقق المساواة في الوزن وما عرف من سقوط
اعتبار الجودة واذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي دراهم وان كان الغالب
على الدنانير الذهب فهي ذهب ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد حتى لا يجوز
بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض الا متساويا في الوزن وكذا لا يجوز الاستقراض
بها الا وزنا لان النقود لا تخلو عن قليل غش عادة لانها لا تنطبع الا مع الغش
وقد يكون الغش خلقيا كما في الرديء منه فيلحق القليل بالرداءة والجيد والرديء سواء
وان كان الغالب عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير اعتبارا للغالب
فان اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف وان
بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس الى خلاف الجنس وهي في حكم شيئين فضة وصفر
ولكنه صرف حتى يشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين واذا شرط
القبض في الفضة يشترط في الصفر لانه لا يتميز عنه الا بضرر قال رضي الله عنه ومشايخنا
رحمهم الله لم يفتوا بجواز ذلك في العدالي والغطارفة لانها اعز الاموال في ديارنا
فلو ابيح التفاضل فيه ينفتح باب الربوا ثم ان كانت تروج بالوزن فالتبايع
والاستقراض فيها بالوزن وان كانت تروج بالعد فبالعد وان كانت تروج
بهما فبكل واحد منهما لان المعتبر هو المعتاد فيهما اذا لم يكن فيها نص ثم هي ما دامت
تروج تكون اثمانا لا تتعين بالتعيين واذا كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين وان
كان يتقبلها البعض دون البعض فهي كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا

ان كان

ان كان يعلم البائع بحالها لتحقق الرضا منه وبجنسها من الجياد ان كان لا يعلم لعدم الرضا
واذا اشترى بها سلعة فكسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند ابي حنيفة
وقال ابو يوسف رحمه الله عليه قيمتها يوم البيع وقال محمد رحمه الله عليه قيمتها آخر ما تعامل الناس بها لهما
ان العقد قد صح الا انه تعذر التسليم بالكساد وانه لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب
فانقطع واذا بقي العقد وجبت القيمة لكن عند ابي يوسف رحمه الله وقت البيع لانه مضمون به وعند محمد رحمه الله
يوم الانقطاع لانه اوان الانتقال الى القيمة ولابي حنيفة رحمه الله ان الثمن يهلك بالكساد لان الثمنية
بالاصطلاح وما بقي فيبقى بيعا بلا ثمن فيبطل واذا بطل البيع يجب رد المبيع ان كان قائما وقيمته ان كان
هالكا كما في البيع الفاسد ويجوز البيع بالفلوس لانها مال معلوم فان كانت نافقة
جاز البيع وان لم يعين لانها اثمان بالاصطلاح وان كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى
يعينها لانها سلع فلا بد من تعيينها واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند ابي حنيفة
خلافا لهما وهو نظير الاختلاف الذي بيناه ولو استقرض فلوسا فكسدت عند ابي حنيفة رحمه الله عليه
مثلها لانه اعارة وموجبها رد العين معنى والثمنية فضل فيه اذ القرض لا يختص به وعندهما
يجب قيمتها لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا
فانقطع لكن عند ابي يوسف رحمه الله يوم القبض وعند محمد رحمه الله يوم الكساد على ما مر من قبل واصل الاختلاف
فيمن غصب مثليا فانقطع وقول محمد رحمه الله انظر وقول ابي يوسف رحمه الله ايسر ومن اشترى شيئا بنصف
درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس وكذا اذا قال بدانق فلوس او بقيراط
جاز وقال زفر رحمه الله لا يجوز في جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس وانها تقدر بالعدد لا
بالدانق والدرهم فلا بد من بيان عددها ونحن نقول ما يباع بالدانق ونصف الدرهم
من الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه فاغنى عن بيان العدد ولو قال بدرهم فلوس
او بدرهمين فلوس فكذلك عند ابي يوسف رحمه الله لان ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو
المراد لا وزن الدرهم من الفلوس وعن محمد رحمه الله انه لا يجوز ويجوز فيما دون الدرهم لان في العادة
المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول
ابي يوسف رحمه الله اصح سيما في ديارنا ومن اعطى صيرفيا درهما وقال اعطني بنصفه فلوسا
وبنصفه نصفا الا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما لان بيع نصف درهم
بالفلوس جائز وبيع النصف بنصف الا حبة ربوا فلا يجوز وعلى قياس قول ابي حنيفة رحمه الله
بطل في الكل لان الصفقة متحدة والفساد قوي فيشيع وقد مر نظيره ولو كرر لفظ

الاعطاء كان جوابه كجوابها لانهما بيعان ولو قال اعطني نصف درهم فلوسا ونصفا الا حبة جاز لانه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم الا حبة فيكون نصف درهم الا حبة بمثله وما وراءه بازاء الفلوس قال محمد رحمه الله وفي الجامع الصغير المختصر ذكر المسئلة الثانية

كتاب الكفالة

الكفالة هي الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا ثم قيل هي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وقيل في الدين والاول اصح قال الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها احضار المكفول به وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه اذ لا قدرة له على نفس المكفول به بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه ولنا قوله عليه السلام الزعيم غارم وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيه ولانه يقدر على تسليمه بطريقه بان يعلم الطالب مكانه فيخلي بينه وبينه او يستعين باعوان القاضي في ذلك والحاجة ماسة اليه وقد امكن تحقيق معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة فيه وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان او برقبته او بروحه او بجسده او براسه وكذا ببدنه وبوجهه لان هذه الالفاظ يعبر بها عن البدن اما حقيقة او عرفا على ما مر في الطلاق وكذا اذا قال بنصفه او بثلثه او بجزء منه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزى فكان ذكر بعضها شائعا كذكر كلها بخلاف ما اذا قال تكفلت بيد فلان او برجله لانه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا تصح اضافة الطلاق اليهما وفيما تقدم تصح وكذا اذا قال ضمنته لانه تصريح بموجبه او قال علي لانه صيغة الالتزام او قال الي لانه في معنى علي في هذا المقام قال عليه السلام ومن ترك كلا او عيالا فالي وكذا اذا قال انا زعيم به او قبيل به لان الزعامة هي الكفالة وقد رويناه فيه والقبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما اذا قال انا ضامن لمعرفته لانه التزم المعرفة دون المطالبة قال فان شرط في الكفالة تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فان احضره فيها والا حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء حق مستحق ولكن لا يحبسه اول مرة لعله ما درى لماذا يدعى ولو غاب المكفول بنفسه امهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضره يحبسه لتحقق امتناعه

عن ايفاء

عن ايفاء الحق واذا احضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له ان يخاصمه مثل ان يكون في مصر برئ الكفيل من الكفالة لانه اتى بما التزمه وحصل المقصود به وهذا لانه ما التزم التسليم الا مرة واذا كفل على ان يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود وقيل في زماننا لا يبرأ لان الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الاحضار فكان التقييد مفيدا وكذا اذا سلمه في سواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه ولو سلم في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند ابي حنيفة رحمه الله للقدرة على المخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ لانه قد يكون شهوده فيما عينه ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر على المحاكمة فيه واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة لانه عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل لانه لم يبق قادرا على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال ولو مات المكفول له فللوصي ان يطالب الكفيل فان لم يكن فلوارثه لقيامه مقام الميت ومن كفل بنفس آخر ولم يقل اذا دفعت اليك فانا برئ فدفعه اليه فهو برئ لانه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته صح لانه مطالب بالحضور فكان له ولاية الدفع وكذا اذا سلمه اليه وكيل الكفيل او رسوله لقيامهما مقامه فان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو الف فلم يحضره الى الوقت لزمه ضمان المال لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة وهذا التعليق صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه اذ كل واحد منهما للتوثق وقال الشافعي رحمه الله لا يصح هذه الكفالة لانه تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبه البيع ولنا انه يشبه البيع ويشبه النذر من حيث انه التزام فقلنا لا يصح تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف عملا بالشبهين والتعليق بعدم الموافاة متعارف ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة ومن ادعى على آخر مائة درهم وبينها او لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على انه ان لم يواف به غدا فعليه المائة فلم يواف به غدا فعليه المائة عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ان لم يبينها حتى تكفل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت الى دعواه لانه علق مالا مطلقا بخطر الا ترى انه لم ينسبه الى ما عليه فلا يصح الكفالة على هذا الوجه وان بينها ولانه لم يصح

وان سلمه في برية لم يبرأ لانه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود

[illegible]

الدعوى من غير بيان فلم يجب احضار النفس واذا لم يجب فلا يصح الكفالة بالنفس فلم يصح بالمال لانه
بناء عليه بخلاف ما اذا بين ولان المال ذكر معرفا فينصرف الى ما عليه والعادة جرت بالاجمال
في الدعاوي فيصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان باصل الدعوى فتبين صحة الدعوى
الكفالة الاولى فيترتب عليها الثانية ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند ابي حنيفة
معناه لا يجبر عليها عنده وقالا يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد وفي القصاص لانه خالص
حق العبد بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى ولابي حنيفة قوله عليه السلام لا كفالة في حد
من غير فصل ولان مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها
لا تندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير ولو سمحت نفسه به يصح
لانه امكن ترتيب موجبه عليه لان تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق
الضم ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان او شاهد عدل يعرفه القاضي لان الحبس للتهمة
هنا والتهمة تثبت باحد شطري الشهادة اما العدد او العدالة بخلاف الحبس في باب
الاموال لانه اقصى عقوبة فيه فلا يثبت الا بحجة كاملة وذكر في ادب القاضي ان على قولهما
لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة والرهن والكفالة
جائزان في الخراج لانه دين يطالب به ويمكن الاستيفاء فيمكن ترتيب موجب العقد عليه
فيهما ومن اخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فاخذ منه كفيلا آخر فهما كفيلان لان موجبه التزام
المطالبة وهي متعددة والمقصود التوثق وبالثانية يزداد التوثق فلا يتنافيان
واما الكفالة بالمال فجائزة معلوما كان المكفول به او مجهولا اذا كان دينا صحيحا مثل
ان يقول تكفلت عنه بالف او بما لك عليه او بما يدركك في هذا البيع لان مبنى الكفالة
على التوسع فيتحمل فيها الجهالة وعلى الكفالة بالدرك اجماع وكفى به حجة وصار كما اذا
كفل بشجة صحت الكفالة وان احتملت السراية والاقتصار وشرط ان يكون دينا
صحيحا ومراده ان لا يكون بدل الكتابة وسياتيك في موضعه ان شاء الله تعالى والمكفول له
بالخيار ان شاء طالب الذي عليه الاصل وان شاء طالب كفيله لان الكفالة
ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وذلك يقتضي قيام الاول لا البراءة عنه الا اذا شرط
فيه البراءة فحينئذ تنعقد حوالة اعتبارا للمعنى كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ بها المحيل
تكون كفالة ولو طالب احدهما له ان يطالب الآخر وله ان يطالبهما لان مقتضاه الضم

بخلاف

بخلاف المالك اذا اختار احد الغاصبين لان اختياره احدهما يتضمن التمليك منه فلا يمكنه
من الثاني اما المطالبة بالكفالة فلا تتضمن التمليك فوضح الفرق ويجوز تعليق الكفالة بالشروط
مثل ان يقول ما بايعت فلانا فعلي وما ذاب لك عليه فعلي وما غصبك فعلي والاصل فيه
قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم والاجماع منعقد على صحة ضمان الدرك ثم الاصل انه
يصح تعليقه بشرط ملائم مثل ان يكون شرطا لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع او لامكان
الاستيفاء مثل قوله اذا قدم زيد وهو مكفول عنه او لتعذر الاستيفاء مثل قوله اذا غاب
عن البلدة وما ذكر من الشروط في معنى ما ذكرناه فاما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت
الريح او جاء المطر وكذا اذا جعل واحد منهما اجلا الا انه يصح الكفالة ويجب المال حالا
لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا يبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق فان قال
تكفلت بما لك عليه فقامت البينة بالف عليه ضمنه الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت
معاينة فيتحقق ما عليه فيصح الضمان به وان لم تقم فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف
به لانه منكر للزيادة فان اعترف المكفول عنه باكثر من ذلك لم يصدق على كفيله لانه اقرار على
الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه لولايته عليها وتجوز الكفالة بامر المكفول عنه
وبغير امره لاطلاق ما روينا ولانه التزام المطالبة وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع
الطالب ولا ضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع اذ هو عند امره وقد رضي به
فان كفل بامره رجع بما ادى عليه لانه قضى دينه بامره وان كفل بغير امره لم يرجع
بما يؤديه لانه متبرع بما يؤديه وقوله رجع بما ادى معناه اذا ادى ما ضمنه اما اذا
ادى خلافه رجع بما ضمن لانه ملك الدين بما ادى به فنزل منزلة الطالب كما
اذا ملكه بالهبة او بالارث وكما اذا ملكه المحتال عليه بما ذكرنا في الحوالة بخلاف
المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما ادى لانه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين
بالاداء وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف على خمسمائة لانه اسقاط
فصار كما اذا ابرأ الكفيل وليس للكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال قبل ان يؤدي
عنه لانه لا يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لانه
انعقد بينهما مبادلة حكمية فان لوزم بالمال كان له ان يلازم المكفول عنه حتى يخلصه
وكذا اذا حبس كان له ان يحبسه لانه لحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثله واذا ابرأ

قوله وان ابرأ الكفيل لم يبرأ الاصيل لان على الكفيل لصاحب الدين المطالبة دون حقيقة الدين وسقوط المطالبة عن الكفيل لا يوجب سقوط الدين على الاصيل لان بقاء الدين على الاصيل بدون الكفيل والطلب جائز الا يرى لو مات الكفيل لا يسقط الدين عن الاصيل

الطالب المكفول عنه او استوفى منه برئ الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل لان الدين عليه في الصحيح وان ابرأ الكفيل لم يبرأ الاصيل لان عليه المطالبة وبقاء الدين على الاصيل بدونه جائز وكذا اذا اخر الطالب عن الاصيل فهو تاخير عن كفيله ولو اخر عن الكفيل لم يكن تاخيرا عن الذي عليه الاصل فهو تاخير عن كفيله ولو اخر عن الكفيل لم يكن لان التاخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد بخلاف ما اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يتأجل عن الاصيل لانه لا حق له الا الدين حال وجود الكفالة فصار الاجل داخلا فيه اما ههنا بخلافه فان صالح الكفيل رب المال من الالف على خمسمائة فقد برئ الكفيل والذي عليه الاصل لانه اضاف الصلح الى الالف الدين وهي على الاصيل فبرئ عن خمسمائة وبراءته توجب براءة الكفيل ثم برئا جميعا عن خمسمائة باداء الكفيل ويرجع على الاصيل بخمسمائة اذا كانت الكفالة بامره بخلاف ما اذا صالح على جنس آخر لانه مبادلة حكمية فيرجع بجميع الالف وان كان عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل لان هذا ابراء الكفيل عن المطالبة ومن قال لكفيل ضمن له بالمال قد برئت الي من المال رجع الكفيل على المكفول عنه معناه بما ضمن له بامره لان البراءة التي ابتداؤها من المطلوب وانتهاؤها الى الطالب لا يكون الا بالايفاء فيكون هذا اقرارا بالاداء فيرجع وان قال ابرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه لانه براءة لا تنتهي الى غيره وذلك بالاسقاط فلم يكن اقرارا بالايفاء ولو قال برئت يرجع الكفيل بالشك قال محمد رحمه الله هو مثل الثاني لانه يحتمل البراءة بالاداء اليه والابراء فيثبت الادنى اذ لا يرجع الكفيل بالشك وقال ابو يوسف رحمه الله هو مثل الاول لانه اقر المكفول له ببراءة ابتداؤها من المطلوب واليه الايفاء دون الابراء وقيل في جميع ما ذكرنا اذا كان الطالب حاضرا يرجع في البيان اليه لانه هو المجمل ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط لما فيه من معنى التمليك كما في سائر البراءات ويروى انه يصح لان عليه المطالبة دون الدين في الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد الابراء عن الكفيل بالرد بخلاف ابراء الاصيل وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به كالحدود والقصاص معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه لانه يتعذر ايجابه عليه وهذا لان العقوبة لا تجري فيها النيابة واذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز لانه دين كسائر الديون وان تكفل عن البائع بالمبيع لا يجوز لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة

بالاعيان

بالاعيان المضمونة وان كانت تصح عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لكن بالاعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعا فاسدا والمرهون ولا بما كان امانة كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض او بتسليم الرهن بعد القبض الى الراهن او بتسليم المستأجر الى المستأجر جاز لانه التزم فعلا واجبا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب لا بما كان مضمونا بغيره كالمبيع والمرهون ولا بما كان امانة كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض او بتسليم الرهن بعد القبض الى الراهن او بتسليم المستأجر الى المستأجر جاز لانه التزم فعلا واجبا ومن استأجر دابة للحمل عليها فان كانت بعينها لم تصح الكفالة بالحمل لانه عاجز عنه وان كانت بغير عينها جازت الكفالة لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق وكذا من استأجر عبدا للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل لما بيناه ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز اذا بلغه فاجاز ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا له انه تصرف التزام فيستبد به الملتزم وهذا وجه هذه الرواية ووجه التوقف ما ذكرنا في الفضولي في النكاح ولهما ان فيه معنى التمليك المطالبة فيقوم بهما جميعا والموجود شطره فلا يتوقف على ما وراء المجلس قال الا في مسئلة واحدة وهو ان يقول المريض لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فكفل به مع غيبة الغرماء لان ذلك وصية في الحقيقة ولهذا تصح وان لم يسم المكفول لهم ولهذا قالوا انما تصح اذا كان له مال او يقال انه قائم مقام الطالب لحاجته اليه تفريغا لذمته وفيه نفع الطالب فصار كما اذا حضر بنفسه وانما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لانه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهرا في هذه الحالة فصار كالامر بالنكاح ولو قال ذلك لاجنبي اختلف المشايخ فيه واذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئا فتكفل عنه للغرماء رجل لم يصح عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يصح لانه كفل بدين ثابت وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط ولهذا يبقى في حق احكام الآخرة ولو تبرع به انسان يصح وكذا يبقى اذا كان به كفيل او له مال وله انه كفل بدين ساقط عن ذمة الاصيل لان الدين هو الفعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب لكنه في الحكم مال لانه يؤول اليه في المآل وقد عجز بنفسه وبخلفه ففاتت عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة والتبرع لا يعتمد قيام الدين واذا كان به

الكفيل اداه مال فتخته اداه الاقتضاء الى الاداء باقٍ ومن كفل عن رجل بالف عليه بامره
فقضاه الالف قبل ان يعطيه صاحب المال فليس له ان يرجع فيها لانه تعلق به حق القابض
على احتمال قضائه الاصيل الدين فلا يجوز المطالبة الدين ما بقي هذا الاحتمال كمن عجل زكوته ودفعها الى
الساعي ولانه ملكه بالقبض على ما نذكر بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة لانه
تمحض امانة في يده وان ربح الكفيل فيه فهو له ولا يتصدق به لانه ملكه حين قبضه اما اذا
قضى الدين فظاهر وكذا اذا قضى المطلوب بنفسه بعد ربحه وثبت له حق الاسترداد لانه وجب له
على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه الا انه اخرت المطالبة الى وقت الاداء فنزل
منزلة الدين المؤجل ولهذا لو ابرأ الكفيل المطلوب قبل ادائه يصح فكذا اذا قبضه الدين يملكه الا ان
فيه نوع خبث نبينه فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه في البيوع ولو كانت الكفالة
بكر حنطة فباعها وربح فيها فالربح له في الحكم لما بينا انه ملكه واحب لي ان يرده على الذي قضاه
الكر ولا يجب عليه في الحكم وهذا عند ابي حنيفة رح في رواية الجامع الصغير وقالا هو له ولا يرده
على الذي قضاه الكر وهو رواية عنه وعنه انه يتصدق لهما انه ربح في ملكه على الوجه الذي
بيناه فيسلم له وله انه تمكن الخبث مع الملك اما لانه بسبيل من الاسترداد بان يقضيه بنفسه
او لانه رضي به على اعتبار قضاء الكفيل فاذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخبث
يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصدق في رواية ويرده عليه في رواية لان الخبث لحقه
وهذا اصح لكنه استحباب لا جبر لان الحق له ومن كفل عن رجل بالف بامره فامره الاصيل
ان يتعين عليه حريرا ففعل فالشراء للكفيل والربح الذي ربحه البائع فهو عليه ومعناه
الامر ببيع العينة مثل ان يستقرض من تاجر عشرة فيتأبى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي
عشرة بخمسة عشر مثلا ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة في نيل الزيادة
ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل خمسة سمي به لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين
وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لمذموم البخل ثم قيل هذا ضمان
لما يخسر المشتري نظرا الى قوله علي وهو فاسد وليس بتوكيل وقيل هو توكيل فاسد لان الحرير
غير متعين وكذا الثمن غير متعين لجهالة ما زاد على الدين وكيفما كان فالشراء للمشتري وهو الكفيل
والربح اي الزيادة عليه لانه العاقد ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضي له عليه
فغاب المكفول عنه فاقام المدعي البينة على الكفيل ان له على المكفول عنه الف درهم لم تقبل لا

لان المكفول به

لان المكفول به مال مقضي به وهذا في لفظ القضاء ظاهر وكذا في الاخرى لان معنى ذاب تقرر
وهو بالقضاء او مال يقضى به وهذا ماض اريد به المستقبل كقوله اطال الله بقاءك والدعوى
مطلقة عن ذلك فلا تصح ومن اقام البينة ان له على فلان كذا وان هذا كفيل عنه بامره
فانه يقضى به على الكفيل خاصة وانما تقبل لان المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم وانما يختلف
بالامر وعدمه لانهما يتغايران لان الكفالة بامر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير
امر تبرع ابتداء وانتهاء فبدعواه احدهما لا يقضى له بالآخر واذا قضي بها بالامر ثبت
امره وهو يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير امره لا تمس جانبه لانه تعتمد
صحتها قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى اليه وفي الكفالة بامره يرجع الكفيل بما ادى
على الآمر وقال زفر رح لا يرجع لانه لما انكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره ونحن نقول صار مكذبا
شرعا فبطل زعمه ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم لان الكفالة لو كانت
مشروطة في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته وان لم تكن مشروطة فيه
فالمراد بها احكام البيع وترغيب المشتري فيه اذ لا يرغب فيه دون الكفالة فنزل
منزلة الاقرار بملك البائع قال ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليما وهو
على دعواه لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع ولا هي اقرار بالملك لان البيع
مرة يوجد من المالك وتارة من غيره ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف
ما تقدم قالوا اذا كتب في الصك باع وهو يملكه او بيعا باتا نافذا وهو
كتب شهد بذلك فهو تسليم الا اذا كتب الشهادة على اقرار المتعاقدين والله اعلم

فصل في الضمان ومن باع لرجل ثوبا وضمن له او مضارب ضمن ثمن متاع
فالضمان باطل لان الكفالة التزام المطالبة وهي اليهما فيصير كل واحد منهما
منهما ضامنا لنفسه ولان المال امانة في ايديهما والضمان تغيير لحكم الشرع فيرد
عليه كاشتراطه على المودع والمستعير وكذا رجلان باعا عبدا صفقة واحدة
وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن لانه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضامنا
لنفسه ولو صح في نصيب صاحبه يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه فلا يجوز ذلك بخلاف
ما اذا باعا صفقتين لانه لا شركة الا ترى ان للمشتري ان يقبل نصيب احدهما
ويقبض اذا نقد ثمن حصته وان قبل الكل ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه

وعلى المكفول عنه وان كانت الكفالة بغير امره يقضى على الكفيل صح

البيع

وقيمته فهو جائز اما الخراج فقد ذكرناه وهو يخالف الزكوة لانها مجرد فعل ولهذا
لا تؤدى بعد موته من تركته الا بوصية واما النوائب فان اريد بها ما يكون بحق ككرى
النهر المشترك واجر الحارس والموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسرى وغيرها
جازت الكفالة بها على الاتفاق وان اريد بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا
ففيه اختلاف المشايخ وممن يميل الى الصحة الامام علي البزدوي واما القسمة فقد قيل
هي النوائب بعينها او حصة منها والرواية باو وقيل هي النائبة الموظفة الراتبة
والمراد بالنوائب ما ينوبه غير راتب والحكم ما بيناه ومن قال لآخر لك علي
مائة الى شهر فقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي وان قال ضمنت لك عن فلان
مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن ووجه الفرق ان المقر اقر بالدين ثم ادعى
حقا لنفسه وهو تاخير المطالبة الى اجل وفي الكفالة ما اقر بالدين لانه لا دين عليه في الصحيح
انما اقر بمجرد المطالبة والاجل في الديون عارض حتى لا يثبت الا بشرط فكان القول
قول من انكر الشرط كما في الخيار اما الاجل في الكفالة فنوع حتى يثبت من غير شرط بان كان
مؤجلا على الاصيل والشافعي الحق الثاني بالاول وابو يوسف فيما يروى عنه الحق الاول بالثاني
والفرق قد اوضحناه ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يؤخذ
الكفيل حتى يقضى له على البائع لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية
ما لم يقض له بالثمن على البائع لان احتمال الاجازة ثابت فلم يجب على الاصيل رد الثمن
فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع
على البائع والكفيل وموضعه اوائل الزيادات في ترتيب الاصل ومن اشترى عبدا
فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل لان هذه اللفظة مشتبهة قد تقع على الصك
القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه وقد تقع على العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى
الخيار ولكل ذلك وجه فتعذر العمل بها بخلاف الدرك لانه استعمل في ضمان الاستحقاق
عرفا ولو ضمن الخلاص لا يصح عند ابي حنيفة لانه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه
لا محالة وهو غير قادر عليه وعندهما بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع او قيمته فصح والله اعلم

باب كفالة الرجلين

واذا كان الدين على اثنين كل واحد منهما كفيل عن صاحبه
كما اذا اشتريا عبدا بالف وكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما ادى احدهما لم يرجع به

على شريكه

بعد الشهر صح

على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد منهما في النصف اصيل
وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصالة وبحق الكفالة لان الاول
الاول دين والثاني مطالبة ثم هو تابع للاول فيقع عن الاول وفي الزيادة لا معارض
فيقع عن الكفالة ولانه لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه ان يرجع
لان اداء نائبه كادائه فيؤدي الى الدور واذا كفل رجلان عن رجل بمال على ان
كل واحد منهما كفيل عن صاحبه بنصفه قليلا كان او كثيرا ومعنى المسئلة في الصحيح ان
تكون الكفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة فيجتمع الكفالتان
على ما مر وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح عن الاصيل وكما تصح الحوالة
من المحتال عليه واذا عرف هذا فما اداه احدهما وقع شائعا عنهما اذ الكل كفالة فلا ترجيح
للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي الى الدور لان قضيته الاستواء
وقد حصل برجوع احدهما بنصف ما ادى فلا ينتقض برجوع الآخر عليه بخلاف ما تقدم ثم يرجعان
على الاصيل لانهما اديا عنه احدهما بنفسه والآخر بنائبه وان شاء رجع بالجميع على المكفول عنه
لانه كفل بجميع المال عنه بامره وان ابرأ رب المال احدهما اخذ الآخر بالجميع لان ابراء الكفيل
لا يوجب براءة الاصيل فبقي المال كله على الاصيل والآخر كفيل عنه صاحبه بكله على ما بينا فلهذا ياخذه
به واذا افترق المتفاوضان فلاصحاب الديون ان ياخذوا ايهما شاؤا بجميع الدين لان كل واحد
منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة ولا يرجع احدهما على صاحبه حتى يؤدي اكثر من النصف
لما مر في الوجهين في كفالة الرجلين واذا كوتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل
عن صاحبه فكل شيء اداه احدهما رجع على صاحبه بنصفه ووجهه ان هذا العقد
جائز استحسانا وطريقه ان يجعل كل واحد منهما اصيلا في حق وجوب الالف
عليه ويكون عتقهما معلقا بادائه ويجعل كفيلا بالالف في حق صاحبه وسنذكره في المكاتب
واذا عرف ذلك فما اداه احدهما رجع على صاحبه بنصفه لاستوائهما ولو رجع بالكل
لا يتحقق المساواة ولو لم يؤديا شيئا حتى اعتق المولى احدهما جاز العتق لمصادفته
ملكه وبرئ عن النصف لانه ما رضي بالتزام المال الا ليكون وسيلة الى العتق وما بقي
وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل على
كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان واذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما

في الحقيقة

فكل شيء اداه احدهما رجع على صاحبه صح

بالكل

وانما جعل على كل واحد منهما ولهذا يتنصف وللمولى ان يأخذ بحصة الذي لم يعتق ايهما شاء
المعتق بالكفالة وصاحبه بالاصالة فان اخذ الذي اعتق رجع على صاحبه بما يؤدي لانه
مؤد عنه بامره واذا اخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشيء لانه ادى عن نفسه

باب كفالة العبد وعنه

ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال لان المال حال
عليه لوجود السبب وقبول الذمة الا انه لا يطالب لعسرته اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه
به والكفيل غير معسر فصار كما اذا كفل عن غائب او مفلس بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر بمؤخر
ثم اذا ادى رجع به على العبد بعد العتق لانه قام مقامه ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فمات العبد
برئ الكفيل لبراءة الاصيل كما اذا كان المكفول بنفسه حرا فان ادعى رقبة العبد فكفل به رجل
فمات العبد فاقام المدعي البينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى ردها على وجه
تخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الاصيل وكذا على الكفيل
بخلاف الاول واذا كفل العبد عن مولاه بامره فعتق فاداه او كان المولى كفل عنه فاداه
بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه وقال زفر رح يرجع ومعنى الوجه الاول ان لا يكون
على العبد دين حتى تصح كفالته بالمال عن المولى اذا كان بامره واما كفالته عن العبد
عن العبد فتصح على كل حال له انه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بامره والمانع
وهو الرق قد زال ولنا انها وقعت غير موجبة للرجوع لان المولى لا يستوجب على عبده
دينا وكذا العبد على مولاه فلا تنقلب موجبة ابدا كمن كفل عن غيره بغير امره فاجازه
ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به او عبد لانه دين ثبت مع المنافي
لانه غير مستقر لثبوته مع المنافي فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولانه لو عجز نفسه سقط
ولا يمكن اثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل واثباته مطلقا ينافي معنى الضم لان
من شرطه الاتحاد وبدل السعاية كمال الكتابة في قول ابي حنيفة رح لانه كالمكاتب عنده

كتاب الحوالة

وهي جائزة بالديون قال عليه السلام من احيل على ملي فليتبع ولانه التزم
ما يقدر على تسليمه فتصح كالكفالة وانما اختصت بالديون لانها تنبئ عن النقل والتحويل
في الدين لا في العين قال وتصح برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه اما المحتال فلان الدين حقه
وهو الذي ينتقل بها والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه واما المحتال عليه فلانه يلزمه
الدين ولا لزوم بدون التزامه واما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات

بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل صح

لان التزام

لان التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه لانه لا يرجع
عليه اذا لم يكن بامره واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول وقال زفر رح لا يبرأ اعتبارا
بالكفالة اذ كل واحد منهما عقد توثق ولنا ان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغراس والدين
متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها اما الكفالة فللضم والاحكام الشرعية على وفاق المعاني
اللغوية والتوثق فيه باختيار الاملى والاحسن في القضاء وانما يجبر على القبول اذا نقد المحيل
لانه يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى فلم يكن متبرعا ولا يرجع المحتال على المحيل الا ان يتوى حقه
وقال الشافعي رح لا يرجع وان توى لان البراءة حصلت مطلقة فلا تعود الا بسبب جديد
ولنا انها مقيدة بسلامة حقه له اذ هو المقصود او تنفسخ الحوالة لفواته لانه يحتمل النسخ
فصار كوصف السلامة في المبيع والتوى عند ابي حنيفة رح احد الامرين اما ان يجحد
الحوالة ويحلف ولا بينة له عليه او يموت مفلسا لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد
وهو التوى في الحقيقة وقالا هذان ووجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه حال حيوته
وهذا بناء على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافا لهما لان مال الله تعالى غاد
ورائح واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل احلت بدين لي عليك لم يقبل
قوله وكان عليه مثل الدين لان سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بامره الا ان
المحيل يدعي عليه دينا وهو منكر والقول قول المنكر واذا طالب المحيل المحتال بما احاله به فقال
انما احلتك لتقبضه لي وقال المحتال بل احلتني بدين كان لي عليك فالقول
قول المحيل لان المحتال يدعي عليه الدين وهو منكر ولفظ الحوالة مستعمل في الوكالة فيكون
القول قوله مع يمينه ومن اودع رجلا الف درهم واحال بها عليه آخر فهو جائز لانه اقدر
على القضاء فان هلكت برئ لتقيدها بها فانه ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت
مقيدة بالمغصوب لان الفوات الى خلف كلا فوات وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين ايضا
وحكم المقيد في هذه الجملة ان لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لانه تعلق به حق المحتال
على مثال الرهن وان كان اسوة للغرماء بعد موت المحيل وهذا لانه لو بقي له مطالبته فيأخذه
منه لبطلت الحوالة وهي حق المحتال بخلاف المطلقة لانه لا تعلق لحقه به بل بذمته فلا تبطل
الحوالة باخذ ما عليه او عنده ويكره السفاتج وهي قرض استفاد به المقرض سقوط خطر
الطريق وهذا نوع نفع استفيد به وقد نهى رسول الله عم عن قرض جر نفعا والله اعلم

كتاب القضاء

ولا يصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة

ويكون من اهل الاجتهاد . اما الاول فلان حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة لان
كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان اهلا للشهادة يكون اهلا للقضاء وما يشترط
لاهلية الشهادة يشترط لاهلية القضاء والفاسق اهل للقضاء حتى لو قلد يصح الا انه
لا ينبغي ان يقلد كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي ان يقبل القاضي شهادته ولو قبل
جاز عندنا ولو كان عدلا ففسق باخذ الرشوة او غيره لا ينعزل ويستحق العزل وهذا ظاهر
المذهب وعليه مشايخنا وقال الشافعي رح لا يجوز قضاؤه كما لا تقبل شهادته عنده
وعن علمائنا الثلثة في النوادر انه لا يجوز قضاؤه وقال بعض المشايخ اذا قلد الفاسق
ابتداء يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا
بتقلده دونها وهل يصلح مفتيا قيل لا لانه من امور الدين وقيل يصلح لانه يجتهد كل الجهد في اصابة الحق
حذار النسبة الى الخطاء واما الثاني فالصحيح ان اهلية الاجتهاد شرط الاولوية فاما
تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافا للشافعي رح هو يقول ان الامر بالقضاء يستدعي
القدرة عليه ولا قدرة دون العلم ولنا انه يمكنه ان يقضي بفتوى غيره ومقصود القضاء
يحصل به وهو ايصال الحق الى المستحق وينبغي للمقلد ان يختار من هو الاولى لقوله عليه السلام
من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين
وفي حد الاجتهاد كلام عرف في اصول الفقه وحاصله ان يكون صاحب حديث له معرفة
بالفقه ليعرف معاني الآثار او صاحب فقه له معرفة بالحديث كيلا يشتغل بالقياس
في المنصوص عليه وقيل وان يكون صاحب قريحة يعرف بها عادات الناس لان من الاحكام
ما يبتني عليها ولا باس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه انه يؤدي فرضه لان الصحابة
رضي الله عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف ويكره الدخول
فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يامن على نفسه الحيف فيه كيلا يصير شرطا لمباشرة القبيح وكره
بعضهم الدخول فيه مختارا لقوله عليه السلام من جعل على القضاء فكانما ذبح بغير سكين والصحيح
ان الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل والترك عزيمة فلعله يخطئ ظنه فلا يوفق
له او لا يعينه عليه غيره ولا بد من الاعانة الا اذا كان هو الاهل للقضاء دون غيره
فحينئذ يفترض عليه التقلد صيانة لحقوق العباد واخلاء للعالم عن الفساد وينبغي ان لا يطلب
الولاية ولا يسألها لقوله عليه السلام من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه
ملك يسدده ولان من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن اجبر عليه يتوكل على ربه

فيلهم

فيلهم ثم يجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه من
معاوية رضي الله عنه والحق بيد علي رضي الله عنه في نوبته والتابعين تقلدوه من الحجاج وكان
جائرا الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بحق لان المقصود لا يحصل بالتقلد بخلاف ما اذا يمكنه
ومن قلد القضاء يسلم اليه ديوان القاضي الذي قبله وهو الخرائط التي فيها السجلات وغيرها لانها
وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة فتجعل في يد من له ولاية القضاء ثم ان كان البياض من بيت
المال فظاهر وكذا اذا كان من مال الخصوم في الصحيح لانهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل الى المولى
وكذا اذا كان من مال القاضي هو الصحيح لانه اتخذه تدينا لا تمولا ويبعث امينين ليقبضاها
بحضرة المعزول او امينه ويسألانه شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع منها في خريطة كيلا يشتبه
على المولى وهذا السؤال لكشف الحال لا للالزام وينظر في حال المحبوسين لانه
نصب ناظرا فمن اعترف بحق الزمه اياه لان الاقرار ملزم ومن انكر لم يقبل قول المعزول
عليه الا ببينة لانه بالعزل التحق بالرعايا وشهادة الفرد ليست بمقبولة لا سيما اذا كانت
على فعل نفسه فان لم تقم لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه وينظر في امره لان فعل القاضي المعزول حق
ظاهرا فلا يعجل كيلا يؤدي الى ابطال حق الغير وينظر في الودائع وارتفاع الوقوف
فيعمل به على ما تقوم به البينة او يعترف به لان كل ذلك حجة ولا يقبل قول المعزول لما بينا
الا ان يعترف الذي هو في يده ان المعزول سلمها اليه فيقبل قوله فيها لانه ثبت باقراره
ان اليد كانت للمعزول فيصح اقرار القاضي كانه في يده في الحال الا اذا بدأ بالاقرار لغيره
فيسلم الى المقر له الاول لسبق حقه ويضمن قيمته للقاضي باقراره الثاني ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا
في المسجد كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين والمسجد الجامع اولى لانه اشهر وقال الشافعي رح
يكره الجلوس في المسجد للقضاء لانه يحضره المشرك وهو نجس بالنص والحائض وهي ممنوعة عن دخوله
ولنا قوله عم انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم وكان النبي عم يفصل الخصومة في معتكفه والخلفاء
الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولان القضاء عبادة فتجوز اقامتها
في المسجد كالصلوة ونجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فلا يمنع من دخوله والحائض
تخبر بحالها فيخرج القاضي اليها او الى باب المسجد او يبعث من يفصل بينها وبين خصمها كما
اذا كانت الخصومة في الدابة ولو جلس في داره لا باس به ويأذن للناس بالدخول

ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة ولا يقبل هدية الا من ذي
رحم محرم او ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته لان الاول صلة الرحم والثاني ليس
للقضاء بل جرى على العادة وفيما وراءه يصير آكلا بقضائه حتى لو كانت للقريب خصومة
لا يقبل هديته وكذا اذا زاد المهدي على المعتاد او كانت له خصومة لانه لاجل القضاء
فيتحاماه ولا يحضر دعوة الا ان تكون عامة لان الخاصة لاجل القضاء بخلاف العامة ويدخل في
هذا الجواب قريبه وهو قولهما وعن محمد انه يجيبه وان كانت خاصة كالهدية والخاصة
ما لو علم المضيف ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها ويشهد الجنازة ويعود المريض لان ذلك
من حقوق المسلم قال عليه السلام للمسلم على المسلم ستة حقوق وعد منها هذين ولا يضيف احد
احد الخصمين دون خصمه لان النبي عليه السلام نهى عن ذلك ولان فيه تهمة واذا حضرا
سوى بينهما في الجلوس والاقبال لقوله عليه السلام اذا ابتلي احدكم بالقضاء فليسو بينهم
في المجلس والاشارة والنظر ولا يسار احدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة للتهمة ولان
فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه ولا يضحك في وجه احدهما لانه يجترئ على خصمه
ولا يمازح خصما ولا واحدا منهم لانه يذهب بمهابة القضاء ويكره تلقين الشاهد ومعناه
ان يقول اتشهد بكذا وكذا لان هذا اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم واستحسنه ابو يوسف
في غير موضع التهمة لان الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس فكان تلقينه احياء للحق بمنزلة
الاشخاص والتكفيل فصل في الحبس واذا ثبت الحق عند القاضي فطلب صاحب الحق حبس غريمه
لم يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها وهذا اذا ثبت
الحق باقراره لانه لم يعرف كونه مماطلا في اول الوهلة فلعله طمع في الامهال فلم يستصحب المال
فاذا امتنع بعد ذلك حبسه كما ثبت لظهور المطل بانكاره فان امتنع حبسه في كل دين لزمه
بدلا عن مال حصل في يده لثبوت غناه به واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو
لا يلتزم الا ما يقدر على ادائه والمراد بالمهر معجله دون مؤجله ولا يحبسه فيما سوى ذلك
اذا قال اني فقير الا ان يثبت غريمه ان له مالا فيحبسه لانه لم توجد دلالة اليسار فيكون القول
قول من عليه وعلى المدعي اثبات غناه ويروى ان القول لمن عليه في جميع ذلك لان الاصل هو العسرة
ويروى ان القول له الا فيما بدله مال وفي النفقة القول قول الزوج انه معسر وفي اعتاق
العبد المشترك القول للمعتق والمسألتان تؤيدان القولين الاخيرين والتخريج على ما قال

لظهور المطل اما اذا ثبت بالبينة حبسه ح

ع او التزمه بعقد كالمهر والكفالة
حصل المال هو

في الكتاب

في الكتاب انه ليس بدين مطلق بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق وكذا عند ابي حنيفة
ضمان الاعتاق ثم فيما كان القول قول المدعي ان له مالا او ثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول
من عليه يحبسه شهرين او ثلثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور ظلمه في الحال وانما يحبسه مدة ليظهر ماله
لو كان يخفيه فلا بد ان تمتد المدة لتفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكره ويروى غير ذلك من التقدير
بشهر او اربعة الى ستة اشهر والصحيح ان التقدير مفوض الى رأي القاضي لاختلاف احوال الاشخاص
فيه فان لم يظهر له مال خلى سبيله يعني بعد مضي المدة لانه استحق النظرة الى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك
ظلما ولو قامت البينة على افلاسه قبل المدة تقبل في رواية ولا تقبل في رواية وعلى
الثانية عامة المشايخ قال في الكتاب خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا كلام
في الملازمة وسنذكره في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى وقال في الجامع الصغير رجل اقر
عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسأل عنه فان كان موسرا ابد حبسه وان كان معسرا خلى
سبيله ومراده اذا اقر عند غير القاضي او عنده مرة فظهرت مماطلته والحبس اولا ومدته قد
بيناه فلا نعيده ويحبس الرجل في نفقة زوجته لانه ظالم بالامتناع ولا يحبس والد في دين
ولده لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على والده كالحد والقصاص قال الا اذا امتنع من الانفاق
عليه لان فيه احياء ولده ولانه لا يتدارك لسقوطها بمضي الزمان باب كتاب القاضي
الى القاضي ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق اذا شهد به عنده للحاجة على ما نبين فان
شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا وان شهدوا
بغير حضرة الخصم لم يحكم لان القضاء على الغائب لا يجوز وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب اليه بها
وهذا هو الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص بشرائط نذكرها ان شاء الله
تعالى وجوازه لمساس الحاجة لان المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه فاشبه الشهادة
على الشهادة وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة
المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف لا يحتاج الى الاشارة ويقبل في العقار
ايضا لان التعريف فيه بالتحديد ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة الى الاشارة وعن ابي يوسف
انه يقبل في العبد دون الامة لغلبة الاباق فيه دونها وعنه انه يقبل فيهما بشرائط تعرف
في موضعها وعن محمد انه يقبل في جميع ما ينقل وعليه المتأخرون ولا يقبل الكتاب الا بشهادة
رجلين او رجل وامرأتين لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لانه ملزم

فلا بد من الحجة بخلاف كتاب الاستيمان من اهل الحرب لانه ليس بملزم وبخلاف رسول القاضي
الى المزكي ورسوله الى القاضي لان الالزام بالشهادة لا بالتزكية ويجب ان يقرأ الكتاب
عليهم ليعرفوا ما فيه او يعلمهم به لانه لا شهادة بدون العلم ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه اليهم
كيلا يتوهم التغيير وهذا عند ابي حنيفة رح ومحمد رح لان علم ما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط
وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما ولهذا يدفع اليهم كتاب آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة
على حفظهم وقال ابو يوسف رح آخرا شيء من ذلك ليس بشرط والشرط ان يشهدهم ان
هذا كتابه وخاتمه وعن ابي يوسف ان الختم ليس بشرط ايضا فسهل في ذلك لما ابتلي
بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة واختار شمس الائمة السرخسي قول ابي يوسف رح فاذا
(وصل) الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم لانه بمنزلة اداء الشهادة فلا بد من حضوره بخلاف
سماع القاضي الكاتب لانه للنقل لا للحكم فاذا سلمه الشهود اليه نظر الى ختمه فاذا
شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي
وقرأه على الخصم والزمه ما فيه وهذا عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف رح اذا
شهدوا انه كتابه وخاتمه قبله لما مر ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح
والصحيح انه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاف لانه ربما يحتاج الى
زيادة الشهود وانما يمكنهم اداء الشهادة بعد قيام الختم وانما يقبله المكتوب اليه
اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات او عزل او لم يبق اهلا للقضاء قبل
وصول الكتاب لا يقبله لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخباره قاضيا آخر
في غير عمله او في غير عملهما وكذا لو مات المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان بن فلان
قاضي بلدة كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعا له وهو معرف
بخلاف ما اذا كتب ابتداء الى كل من يصل اليه على ما عليه مشايخنا لانه غير معرف ولو كان
مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود
والقصاص لان فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة ولان مبناهما
على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما **فصل آخر** ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود
والقصاص اعتبارا بشهادتها وقد مر الوجه وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء
الا ان يفوض اليه ذلك لانه قلد القضاء دون التقليد به فصار كتوكيل الوكيل بخلاف

المامور

210

المامور باقامة الجمعة حيث يستخلف لانه على شرف الفوات لتوقته فكان الامر به اذنا بالاستخلاف
دلالة ولا كذلك القضاء ولو قضى الثاني بمحضر من الاول او قضى الثاني فاجاز الاول جاز
كما في الوكالة وهذا لانه حضره رأي الاول وهو الشرط واذا فوض اليه يملكه فيصير الثاني
نائبا عن الاصيل حتى لا يملك الاول عزله واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه الا ان
يخالف الكتاب او السنة او الاجماع او يكون قولا لا دليل عليه وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه
الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء به قاض آخر يرى غير ذلك امضاه والاصل ان القضاء متى لاقى
محلا مجتهدا فيه ينفذ ولا يرده غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول وقد ترجح الاول باتصال
القضاء به ولا ينقض بما هو دونه ولو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة
وان كان عامدا ففيه روايتان ووجه النفاذ انه ليس بخطأ بيقين وعندهما لا ينفذ في الوجهين
لانه قضاء بما هو خطأ عنده وعليه الفتوى ثم المجتهد فيه ان لا يكون مخالفا لما ذكرنا والمراد بالسنة المشهورة
منها وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر بمخالفة البعض وذلك خلاف وليس باختلاف والمعتبر الاختلاف
في الصدر الاول وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر باحلال فهذا اذا كان الدعوى بسبب معين
وهي مسئلة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور وقد مر في النكاح ولا يقضي القاضي على غائب
الا ان يحضر من يقوم مقامه وقال الشافعي رح يجوز لوجود الحجة وهي البينة فظهر الحق ولنا ان العمل
بالشهادة لقطع المنازعة ولا منازعة بدون الانكار ولم يوجد ولانه يحتمل الاقرار والانكار
من الخصم فيشتبه وجه القضاء ولان احكامهما مختلفة ولو انكر ثم غاب فكذلك لان الشرط
قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف ابي يوسف رح ومن يقوم مقامه قد يكون نائبا بانابته او بانابة
الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكما بان كان ما يدعى على الغائب سببا لما يدعيه على
الحاضر وهذا في غير صورة في الكتب اما اذا كان شرطا لحقه فلا معتبر به في جعله خصما عن الغائب
وقد عرف تمامه في الجامع قال ويقرض القاضي اموال اليتامى ويكتب ذكر الحق لان في الاقراض
مصلحتهم لبقاء الاموال محفوظة مضمونة والقاضي يقدر على الاستخراج والكتابة ليحفظه وان
اقرض الوصي ضمن لانه لا يقدر على الاستخراج والاب بمنزلة الوصي في اصح الروايتين لعجزه عن
الاستخراج **باب التحكيم** واذا حكم رجلان رجلا فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية على انفسهما
فصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط اهلية
القضاء ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفاسق والصبي لانعدام اهليتها

بتحريمه فهو في الباطن كذلك عند ابي حنيفة رح وكذلك
اذا قضى باحلاله رح

القضاء اعتبارا باهلية الشهادة والفاسق اذا حكم يجب ان يجوز عندنا كما مر في المولى ولكل واحد
من المحكمين ان يرجع ما لم يحكم عليهما لانه غير الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر على المحاكمة فيه واذا مات
المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة لانه عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط
الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل لانه لم يبق قادرا على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح
لايفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال ولو مات المكفول له فللوصي ان يطالب الكفيل فان
لم يكن فللوارث لقيامه مقام الميت ومن كفل بنفس آخر ولم يقل اذا دفعت اليك فانا برئ فدفعه
اليه فهو برئ لانه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه ولا يشترط قبول الطالب
مقلد من جهتهما فلا يحكم الا برضاهما واذا حكم لزمهما لصدور حكمه عن ولاية عليهما واذا رفع حكمه الى القاضي
فوافق مذهبه امضاه لانه لا فائدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه وان خالفه ابطله
لان حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص لانه لا ولاية لهما على دمهما
ولهذا لا يملكان الاباحة قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر
المجتهدات وهو الصحيح الا انه لا يفتى به ويقال يحتاج الى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام وان
حكما في دم خطأ فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم من غير تحكيمهم ولو حكم
على القاتل بالدية في ماله رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لانه يخالف رأيه ويخالف النص
الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله ويجوز ان يسمع البينة ويقضي بالنكول وكذا
بالاقرار لانه حكم موافق للشرع ولو اخبر باقرار احد الخصمين او بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل
قوله لان الولاية قائمة وان اخبر بالحكم لا يقبل لانقضاء الولاية وحكم الحاكم لابويه وولده وزوجته
باطل والمولى والمحكم فيه سواء وهذا لانه لا تقبل شهادته لهؤلاء لمكان التهمة فكذلك لا يصح القضاء
لهم بخلاف ما اذا حكم عليهم لانه تقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة فكذلك القضاء ولو حكما رجلين لا بد
من اجتماعهما لانه امر يحتاج فيه الى الرأي مسائل شتى من كتاب القضاء واذا كان علو
لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة عند ابي حنيفة
معناه بغير رضاء صاحب العلو وقالا يصنع ما لا يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف اذا اراد
صاحب العلو ان يبني على علوه قيل ما حكي عنهما تفسير لقول ابي حنيفة فلا خلاف وقيل الاصل عندهما
الاباحة لانه تصرف في ملكه والملك يقتضي الاطلاق والحرمة لعارض الضرر فاذا اشكل
لم يجز المنع والاصل عنده الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير كحق المرتهن وا

والاطلاق

والاطلاق لعارض فاذا اشكل لا يزول المنع على انه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء
او نقضه فيمنع عنه واذا كانت زائغة مستطيلة تنشعب عنها زائغة مستطيلة وهي غير
نافذة فليس لاهل الزائغة الاولى ان يفتحوا بابا في الزائغة القصوى لان فتحه للمرور ولا حق لهم
في المرور اذ هو لاهلها خصوصا حتى لا يكون لاهل الاولى فيما بيع فيها حق الشفعة بخلاف النافذة
لان المرور فيها حق العامة قيل المنع في المرور لا في فتح الباب لانه رفع جداره والاصح ان المنع في الفتح
لان بعد الفتح لا يمكنه المنع في المرور في كل ساعة ولانه عساه يدعي الحق في القصوى بتركيب الباب
وان كانت مستديرة قد لزق طرفاها فلهم ان يفتحوا لان لكل واحد منهم حق المرور في كلها
اذ هي ساحة مشتركة ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها ومن ادعى في دار
دعوى وانكرها الذي في يديه ثم صالحه منها فهو جائز وهي مسئلة الصلح على الانكار وسنذكرها
انشـ تعـ والمدعى وان كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لانه
في الساقط فلا يفضي الى المنازعة على ما عرف ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له في
وقت فسئل البينة فقال جحدني الهبة فاشتريتها واقام البينة على الشراء قبل الوقت الذي
يدعي فيه الهبة لا تقبل بينته لظهور التناقض اذ هو يدعي الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به
قبلها ولو شهدوا به بعدها تقبل لوضوح التوفيق ولو كان ادعى الهبة ثم اقام البينة على
الشراء قبلها ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها منه لم تقبل ايضا ذكره في بعض النسخ لان دعوى
الهبة اقرار منه بالملك للواهب عند الدعوى ودعوى الشراء رجوع منه فعد مناقضا بخلاف ما اذا
ادعى الشراء بعد الهبة لانه تقرر ملكه عندها ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية فانكر الآخر ان
اجمع البائع على ترك الخصومة وسعه ان يطأها لان المشتري لما جحده كان فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت
به كما اذا تجاحدا فاذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ من جهته وبمجرد العزم ان كان
لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها وما يضاهيه ولانه لما تعذر
استيفاء الثمن من المشتري فات رضاء البائع فيستبد بفسخه ومن اقر انه قبض من فلان
عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف صدق وفي بعض النسخ اقتضى وهو عبارة عن القبض ايضا
ووجهه ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها معيبة ولهذا لو تجوز به في الصرف والسلم جاز وان
القبض لا يختص بالجياد فيصدق لانه انكر قبض حقه بخلاف ما اذا اقر انه قبض الجياد او حقه او الثمن
او استوفى لاقراره بقبض الجياد صريحا او دلالة فلا يصدق والنبهرجة كالزيوف وفي الستوقة

في الصلح

لا يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به فيما ذكرنا لا يجوز والزيف ما زيفه بيت
المال والنبهرجة ما يرده التجار والستوق ما يغلب عليه الغش ومن قال لآخر لك علي الف
درهم فقال ليس لك علي شيء ثم قال في مكانه بلى لي عليك الف درهم فليس عليه شيء لان اقراره
هو الاول وقد ارتد برد المقر له والثاني دعوى فلا بد من الحجة او تصديق خصمه بخلاف ما اذا قال
اشتريت وانكر له ان يصدق لان احد العاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد والمعنى انه حقهما
فبقي العقد فعمل التصديق اما المقر له ينفرد برد الاقرار فافترقا ومن ادعى على آخر مالا فقال ما كان
لك علي شيء قط فاقام المدعي البينة على الف واقام هو البينة على القضاء قبلت بينته وكذلك
على الابراء وقال زفر رح لا تقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد انكره فيكون مناقضا ولنا
ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه الا ترى انه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شيء
فيثبت ثم يقضى وكذا اذا قال ليس لك علي شيء قط لان التوفيق به اظهر ولو قال ما كان لك
علي شيء قط ولا اعرفك لم تقبل بينته على القضاء وكذا على الابراء لتعذر التوفيق لانه لا يكون
بين اثنين اخذ واعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة بدون المعرفة وذكر القدوري انه
تقبل ايضا لان المخدرة او المحتجب قد يؤذى بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بارضائه ثم
يعرفه بعد ذلك فامكن التوفيق ومن ادعى على آخر انه باعه جارية فقال لم ابعها منك قط
فاقام البينة على الشراء فوجد بها اصبعا زائدة فاقام البائع البينة انه برئ اليه من كل عيب
لم تقبل بينة البائع وعن ابي يوسف انه تقبل اعتبارا بما ذكرنا ووجه الظاهر ان شرط
البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره فيستدعي وجود البيع وقد انكره
فكان مناقضا بخلاف الدين لانه قد يقضى وان كان باطلا على ما مر قال ذكر حق كتب
في اسفله ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه ان شاء الله تعالى او كتب في شرى فعلى فلان
خلاص ذلك وتسليمه ان شاء الله تعالى بطل الذكر كله وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ان شاء الله
هو على الخلاص وعلى من قام بذكر الحق وقولهما استحسان ذكره في الاقرار لان الاستثناء
ينصرف الى ما يليه لان الذكر للاستيثاق وكذا الاصل في الكلام الاستبداد وله ان الكل
كشيء واحد بحكم العطف فينصرف الى الكل كما في الكلمات المعطوفة مثل قوله عبده حر وامرأته
طالق وعليه المشي الى بيت الله ان شاء الله تعالى ولو ترك فرجة قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت

فصل في القضاء بالمواريث

واذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة فقالت اسلمت
بعد موته وقالت الورثة اسلمت قبل موته فالقول قول الورثة وقال زفر رح القول قولها لان

لان الاسلام

لان الاسلام حادث فيضاف الى اقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال
فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر نعتبره للدفع وهو يعتبره
للاستحقاق ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته
وقالت الورثة بل بعده فالقول لهم ايضا ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق
وهي محتاجة اليه اما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث ايضا قال ومن مات وله
في يد رجل اربعة آلاف درهم وديعة فقال المودع هذا ابن الميت لا وارث له غيره فانه
يدفع اليه المال لانه اقر ان ما في يده حق الوارث خلافة فصار كما اذا اقر انه حق المورث وهو
حي اصالة بخلاف ما اذا اقر لرجل انه وكيل المودع بالقبض او انه اشتراه منه حيث لا يؤمر
بالدفع اليه لانه اقر بقيام حق المودع اذ هو حي فيكون اقرارا على مال الغير ولا كذلك بعد موته بخلاف
المديون اذا اقر بتوكيل غيره بالقبض لان الديون تقضى بامثالها فيكون اقرارا على نفسه فيؤمر بالدفع
اليه ولو قال المودع لآخر هذا ايضا ابنه وقال الاول ليس له ابن غيري قضي بالمال للاول
لانه لما صح اقراره للاول انقطع يده عن المال فيكون هذا اقرارا على الاول فلا يصح كما اذا كان الاول
ابنا معروفا ولانه حين اقر للاول لا مكذب له فصح اقراره للاول وحين اقر للثاني له مكذب
فلم يصح قال واذا قسم الميراث بين الغرماء فانه لا يؤخذ منهم كفيل ولا من وارث وهذا شيء احتاط به
بعض القضاة وهو ظلم وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يأخذ الكفيل والمسئلة فيما اذا ثبت الدين
والارث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيره لهما ان القاضي ناظر للغيب والظاهر
ان في التركة وارثا غائبا او غريما غائبا لان الموت قد يقع بغتة فيحتاط بالكفالة كما اذا
دفع الآبق واللقطة الى صاحبه واعطى امرأة الغائب النفقة من ماله ولابي حنيفة ان حق
الحاضر ثابت قطعا او ظاهرا فلا يؤخر لحق موهوم الى زمان التكفيل كمن اثبت الشراء
ممن في يده او اثبت الدين على العبد حتى بيع في دينه لا يكفل ولان المكفول له مجهول فصار
كما اذا كفل لاحد الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت وهو معلوم واما الآبق واللقطة
ففيه روايتان والاصح انه على الخلاف وقيل ان دفع بعلامة اللقطة او اقرار العبد يكفل
بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان له ان يمنع وقوله ظلم اي ميل عن سواء السبيل
وهذا يكشف عن مذهبه ان المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض قال واذا كانت الدار
في يد رجل اقام آخر البينة ان اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه فلان قضي

له بالنصف وترك النصف الآخر في يدي الذي هو في يده ولا يستوثق منه بكفيل وهذا عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان كان الذي هو في يده جاحدا اخذ منه وجعل في يد امين فان لم يجحد ترك
في يده لهما ان الجاحد خائن فلا يترك المال في يده بخلاف المقر لانه امين وله ان القضاء
للميت مقصودا واحتمال كونه مختارا للميت ثابت فلا ينقض يده كما اذا كان مقرا وجحوده
قد ارتفع بقضاء القاضي والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي
ولو كانت الدعوى في منقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق لانه يحتاج فيه الى الحفظ والنزع فيه
ابلغ بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب
دون العقار وكذا حكم وصي الام والاخ والعم على الصغير وقيل المنقول على الخلاف ايضا
وقول ابي حنيفة رحمه الله فيه اظهر لحاجته الى الحفظ وانما لا يؤخذ الكفيل لانه انشاء خصومة
والقاضي انما نصب لقطعها لا لانشائها واذا حضر الغائب لا يحتاج الى اعادة البينة
ويسلم النصف اليه بذلك القضاء لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق له
وعليه دينا كان او عينا لان المقضي له وعليه انما هو الميت في الحقيقة وواحد من الورثة يصلح
خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح نائبا عن غيره
ولهذا لا يستوفي الا نصيبه وصار كما اذا قامت البينة بدين للميت الا انه انما يثبت استحقاق الكل على احد
الورثة اذا كان الكل في يده ذكره في الجامع لانه لا يكون خصما بدون اليد فيقتصر القضاء على
ما في يده ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكوة واذا اوصى بثلث ماله
فهو على كل شيء والقياس ان يلزمه التصدق بالكل وبه قال زفر رحمه الله لعموم اسم المال كما في
الوصية وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى فينصرف ايجابه الى ما اوجب
الشرع فيه الصدقة من المال اما الوصية اخت الميراث لانها خلافة كهي فلا يختص بمال
دون مال ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكوة اما الوصية تقع في حال الاستغناء
فينصرف الى الكل ويدخل فيه الارض العشرية عند ابي يوسف رحمه الله لانها سبب الصدقة
اذ جهة الصدقة راجحة في العشر عنده وعند محمد لا يدخل لانه سبب المؤنة اذ جهة المؤنة
راجحة عنده فلا تدخل ارض الخراج بالاجماع لانها تتمحض مؤنة ولو قال ما املكه
صدقة للمساكين وقد قيل يتناول كل مال لانه اعم من لفظ المال والمقيد ايجاب الشرع
وهو مختص بلفظ المال فلا مخصص في لفظ التملك فبقي على العموم والصحيح انهما سواء

لان

لان الملتزم بالمطلق الفضل عن الحاجة على ما مر ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت
الايجاب يمسك من ذلك قوته ثم اذا اصاب شيئا تصدق بمثل ما امسك لان حاجته
هذه مقدمة ولم يقدر لاختلاف احوال الناس وقيل المحترف يمسك قوته ليوم وصاحب
الغلة لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة وصولهم الى المال وعلى
صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله قال ومن اوصى اليه ولم يعلم
بالوصية حتى باع شيئا من التركة فهو وصي والبيع جائز ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم وعن
ابي يوسف رحمه الله انه لا يجوز في الفصل الاول ايضا لان الوصاية انابة بعد الموت فتعتبر بالانابة
قبله وهي الوكالة ووجه الفرق ان الوصاية خلافة لاضافتها الى زمان بطلان الانابة
فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث اما الوكالة انابة لقيام ولاية المنوب عنه فيتوقف
على العلم وهذا لانه لو توقف لا يفوت النظر لقدرة الموكل وفي الاول يفوت لعجز الموصي ومن اعلمه
من الناس بالوكالة يجوز تصرفه لانه اثبات حق لا الزام امر ولا يكون النهي عن الوكالة
حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو والاول سواء
لانه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية وله انه خبر ملزم فيكون شهادة من وجه فيشترط
احد شطريها وهو العدد او العدالة بخلاف الاول وبخلاف رسول الموكل لان عبارته كعبارة المرسل
للحاجة الى الارسال وعلى هذا الخلاف اذا اخبر المولى بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي
لم يهاجر واذا باع القاضي او امينه عبدا للغرماء واخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن
لان امين القاضي قائم مقام القاضي والقاضي مقام الامام وكل منهم لا يلحقه ضمان كيلا يتقاعد
عن قبول هذه الامانة فتضيع الحقوق ويرجع المشتري على الغرماء لان البيع واقع لهم فيرجع
عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد كما اذا كان العاقد محجورا عليه ولهذا يباع بطلبهم وان امر القاضي الوصي
ببيعه للغرماء ثم استحق او مات قبل القبض وضاع المال رجع المشتري على الوصي لانه
عاقد نيابة عن الميت وان كان باقامة القاضي عنه فصار كما اذا باعه بنفسه قال
ويرجع الوصي على الغرماء لانه عامل لهم وان ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه قالوا ويجوز
ان يقال يرجع بالمائة التي غرمها ايضا لانه لحقه في امر الميت والوارث اذا بيع له بمنزلة
الغريم لانه اذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملا له فصل آخر واذا قال القاضي قد قضيت
على هذا بالرجم فارجمه او بالقطع فاقطعه او بالضرب فاضربه وسعك ان تفعل وعن محمد رحمه الله

ثم رجع عن هذا وقال لا يؤخذ بقوله حتى يعاين الحجة لان قوله يحتمل الغلط والخطاء والتدارك
غير ممكن وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال اكثر القضاة
في زماننا الا في كتاب القاضي للحاجة اليه وجه الظاهر انه اخبر عن امر يملك انشاءه
فيقبل لخلوه عن التهمة ولان طاعة اولي الامر واجبة وفي تصديقه طاعة وقال الامام
ابو منصور الماتريدي رح ان كان عدلا عالما يقبل قوله لانعدام تهمة الخطاء والخيانة
وان كان عدلا جاهلا يستفسر فان احسن وجب تصديقه والا فلا فان كان
جاهلا فاسقا او عالما فاسقا لا يقبل الا ان يعاين سبب الحكم لتهمة الخطاء والخيانة
قال واذا عزل القاضي فقال لرجل اخذت منك الفا ودفعتها الى فلان قضيت بها عليك
فقال الرجل اخذتها ظلما فالقول قول القاضي وكذا اذا قال قضيت بقطع يدك في حق
اذا كان الذي قطعت يده والذي اخذ منه الالف مقرا انه فعل ذلك وهو قاض ووجهه
انهما لما توافقا انه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذ القاضي لا يقضي
بالجور ظاهرا ولا يمين عليه لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي
ولو اقر القاطع او الآخذ بما اقر به القاضي لا يضمن ايضا لانه فعله في حالة القضاء ودفع
القاضي صحيح كما اذا كان معاينا ولو زعم المقطوع يده او المأخوذ ماله انه فعل
قبل التقليد او بعد العزل فالقول للقاضي ايضا هو الصحيح لانه اسند فعله الى حالة معهودة
منافية للضمان فصار كما اذا قال طلقت او اعتقت وانا مجنون والجنون منه كان معهودا
ولو اقر القاطع والآخذ في هذا الفصل بما اقر القاضي يضمنان لانهما اقرا بسبب الضمان
وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال سبب الضمان على غيره بخلاف
الاول لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولو كان المال في يد الآخذ قائما
وقد اقر بما اقر به القاضي والمأخوذ منه صدق القاضي في انه فعل ذلك في قضائه او ادعى
في غير قضائه يؤخذ منه لانه اقر ان اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة
وقول المعزول فيه ليس بحجة

كتاب الشهادات

قال الشهادة فرض يلزم الشهود
اداؤها ولا يسعهم كتمانها اذا طالبهم المدعي لقوله تع ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وقوله
تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه اثم قلبه وانما يشترط طلب المدعي لانها
حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق والشهادة في الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر

والاظهار

والاظهار لانه بين حسبتين اقامة الحدود والتوقي عن الهتك والستر افضل لقوله عليه السلام
للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وقال عليه السلام من ستر على مسلم ستر الله عليه في
الدنيا والآخرة وفيما نقل من تلقين الدرء عن رسول الله عليه السلام واصحابه رض دلالة ظاهرة
على افضلية الستر الا انه يجب ان يشهد بالمال في السرقة فيقول اخذ احياء لحق المسروق منه
ولا يقول سرق محافظة على الستر ولانه لو ظهرت السرقة وجب القطع والضمان لا يجامع القطع
فلا يحصل احياء حقه قال والشهادة على مراتب منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها اربعة من
الرجال لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم ولقوله تع
ثم لم يأتوا باربعة شهداء ولا تقبل فيها شهادة النساء لحديث الزهري مضت السنة من لدن رسول
الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص ولان فيها
شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فيما يندرئ بالشبهات ومنها الشهادة ببقية
الحدود والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تع واستشهدوا شهيدين من رجالكم ولا
تقبل شهادة النساء لما ذكرنا قال وما سوى ذلك من الحقوق تقبل شهادة رجلين او رجل
وامرأتين سواء كان الحق مالا او غير مال مثل النكاح والطلاق والوكالة والوصية ونحو ذلك
وقال الش رح لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها لان الاصل فيها
عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فانها لا تصلح للامارة ولهذا لا تقبل
في الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهن وحدهن الا انها قبلت في الاموال ضرورة والنكاح
اعظم خطرا واقل وقوعا فلا يلحق بما هو ادنى خطرا واكثر وجودا ولنا ان الاصل فيها القبول
لوجود ما يبتنى عليه اهلية الشهادة وهو المشاهدة والضبط والاداء اذ بالاول يحصل العلم
للشاهد وبالثاني يبقى العلم وبالثالث يحصل العلم للقاضي ولهذا يقبل اخبارها في الاخبار
ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة
فلهذا لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات وعدم قبول الاربع
على خلاف القياس كيلا يكثر خروجهن قال وتقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء
في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة لقوله عم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع
الرجال النظر فيه والجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس فيتناول الاقل وهو حجة على الش رح
في اشتراط الاربع ولانه انما سقطت الذكورة ليخف النظر لان نظر الجنس اخف فكذا يسقط اعتبار

العدد الا ان المثنى والثلث احوط لما فيه من معنى الالزام ثم حكمها في الولادة شرحناه في الطلاق
واما حكم البكارة فان شهدن انها بكر يؤجل في العنين سنة ويفرق بعده لانها تأيدت
بمؤيد اذ البكارة اصل وكذا في رد المبيع اذا اشتراها بشرط البكارة وان قلن انها ثيب
يحلف البائع لينضم نكوله الى قولهن والعيب يثبت بقولهن فيحلف البائع واما شهادتهن على استهلال الصبي لا تقبل
عند ابي حنيفة رح في حق الارث لانه مما يطلع عليه الرجال الا في حق الصلوة لانه من امور الدين وعندهما تقبل
في حق الارث ايضا لانه صوت عند الولادة ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة
قال ولا بد في ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة فان لم يذكر الشاهد لفظة الشهادة وقال
اعلم او اتيقن لم تقبل شهادته اما العدالة فلقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء ولقوله تعالى
واشهدوا ذوي عدل منكم من الشهداء ولان العدالة هي المعينة للصدق ولان من يتعاطى غير
الكذب قد يتعاطاه وعن ابي يوسف رح ان الفاسق اذا كان وجيها في الناس ذا مروة تقبل
شهادته لانه لا يستأجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروته والاول اصح الا ان القاضي
لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا والمسئلة معروفة واما لفظة الشهادة فلان النصوص
نطقت باشتراطها اذ الامر فيها بهذه اللفظة ولان فيها زيادة توكيد فان قوله اشهد
من الفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة اشد وقوله في ذلك
كله اشارة الى جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النساء
في الولادة وغيرها هو الصحيح لانه شهادة لما فيه من معنى الالزام حتى اختص بمجلس القضاء
ويشترط فيه الحرية والاسلام قال ابو حنيفة رح يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل
حتى يطعن الخصم لقوله عم المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف ومثل ذلك عن عمر رض
ولان الظاهر هو الانزجار عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية اذ لا وصول الى القطع
الا في الحدود والقصاص فانه يسأل عن الشهود لانه يحتال لاسقاطها فيشترط الاستقصاء
فيها ولان الشبهة فيها دارئة وان طعن الخصم فيهم يسأل عنهم لانه تقابل الظاهران فيسأل عنهم
طلبا للترجيح وقال ابو يوسف ومحمد رح لا بد ان يسأل عنهم في السر والعلانية في سائر الحقوق
لان القضاء مبني على الحجة وهي شهادة العدول فيتعرف عن العدالة وفيه صون قضائه
عن البطلان وقيل هذا اختلاف عصر وزمان والفتوى على قولهما في هذا الزمان ثم التزكية في السر
يبعث المستورة الى المعدل فيها النسب والحلي والمصلى ويردها المعدل كل ذلك في السر كيلا

يظهر

يظهر فيخدع او يقصد وفي العلانية لا بد ان يجمع بين المعدل والشاهد لتنتفي شبهة تعديل غيره وقد كانت
العلانية وحدها في الصدر الاول ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا تحرزا عن الفتنة ويروى
عن محمد رحمه الله تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لا بد ان يقول المعدل هو عدل جائز
الشهادة لان العبد قد يعدل وقيل يكتفى بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار وهذا
اصح وفي قول من يرى ان يسأل عن الشهود لم يقبل قول الخصم انه عدل معناه قول
المدعى عليه وعن ابي يوسف رح ومحمد رح انه يجوز تزكيته لكن عند محمد رح يضم تزكية اخرى
الى تزكيته لان العدد عنده شرط ووجه الظاهر ان في زعم المدعي وشهوده ان الخصم
كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح معدلا وموضع المسئلة اذا قال هم عدول
الا انهم اخطأوا او نسوا اما اذا قال صدقوا او هم عدول صدقة فقد اعترف بالحق قال واذا
كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود واحدا جاز والاثنان افضل وهذا عند ابي حنيفة رح
وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يجوز الا اثنان والمراد منه المزكي وعلى هذا الخلاف رسول القاضي
الى المزكي والمترجم عن الشاهد له ان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القضاء تبتنى على ظهور
العدالة وهو بالتزكية فيشترط فيه العدد كما تشترط العدالة فيه وتشترط الذكورة في المزكي في
الحدود ولهما انه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء
واشتراط العدد امر حكمي في الشهادة فلا يتعداها ولا يشترط اهلية الشهادة في المزكي في تزكية السر حتى صلح العبد
مزكيا فاما في تزكية العلانية فهو شرط وكذا العدد بالاجماع على ما قاله الخصاف رحمه الله
لاختصاصها بمجلس القضاء قالوا يشترط الاربعة في تزكية شهود الزنا عند محمد رح فصل وما يتحمله
الشاهد على ضربين احدهما ما يثبت حكمه بنفسه مثل البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم
فاذا سمع ذلك الشاهد او رآه وسعه ان يشهد به وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو
الموجب بنفسه وهو الركن في اطلاق الاداء قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون
وقال عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع قال ويقول اشهد انه
باع ولا يقول اشهدني لانه كذب ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له ان يشهد ولو فسره
للقاضي لا يقبله لان النغمة تشبه النغمة الا اذا كان دخل البيت وعلم انه ليس فيه احد سواه
ثم جلس على الباب وليس للبيت مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه لانه حصل العلم
في هذه الصورة ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا

يشهد بشيء لم يجز ان يشهد على شهادته الا ان يشهد عليها لان الشهادة غير موجبة بنفسها وانما
تصير موجبة بالنقل الى مجلس القضاء فلا بد من الانابة والتحميل ولم يوجد وكذا لو سمعه يشهد الشاهد
على شهادته لم يسع للسامع ان يشهد لانه ما حمله وانما حمل غيره قال ولا يحل للشاهد اذا رأى
خطه ان يشهد الا ان يتذكر الشهادة لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم قيل هذا قول ابي حنيفة رح
وعندهما يحل له ان يشهد وقيل هذا بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد عليه من الزيادة
والنقصان فحصل له العلم ولا كذلك الشهادة في الصك لانه في يد غيره وعلى هذا اذا ذكر المجلس
الذي كانت فيه الشهادة او اخبره قوم ممن يثق بهم انا شهدنا نحن وانت قال ولا يجوز
للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد
بهذه الاشياء اذا اخبره بها من يثق به وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة
وذلك بالعلم ولم يحصل فصار كالبيع وجه الاستحسان ان هذه امور تختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس
ويتعلق بها احكام تبقى على انقضاء القرون فلو لم تقبل فيها الشهادة على التسامع ادى الى الحرج
وتعطيل الاحكام بخلاف البيع لانه يسمعه كل احد وانما يجوز للشاهد ان يشهد بالاشتهار وذلك
بالتواتر او باخبار من يثق به كما قال في الكتاب ويشترط ان يخبره رجلان عدلان او رجل و
امرأتان ليحصل له نوع علم وقيل في الموت يكتفى باخبار واحد او واحدة لانه قلما يشاهد
حالة غير الواحد اذ الانسان يهابه ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج ولا كذلك
النسب والنكاح وينبغي ان يطلق اداء الشهادة اما اذا فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع
لم تقبل شهادته كما ان معاينة اليد في الاملاك تطلق الشهادة ثم اذا فسر لا تقبل كذا هذا ولو رأى
انسانا جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له ان يشهد على كونه قاضيا وكذا اذا رأى رجلا وامرأة
يسكنان بيتا وينبسط كل واحد منهما الى الآخر انبساط الازواج كما اذا رأى عينا في يد غيره
ومن شهد انه شهد دفن فلان او صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قبله ثم قصر الاستثناء
في الكتاب على هذه الاشياء ينفي اعتبار التسامع في الولاء والوقف وعن ابي يوسف رح
آخرا انه يجوز في الولاء لانه بمنزلة النسب وعن محمد رح انه يجوز في الوقف لانه يبقى على مر الاعصار
والدهور الا انا نقول الولاء يبتنى على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذا فيما يبتنى عليه
واما الوقف فالصحيح انه تقبل الشهادة بالتسامع في اصله دون شرائطه لان اصله
هو الذي يشتهر قال ومن كان في يده شيء سوى العبد والامة وسعك ان تشهد انه له لان اليد

القاضي شهادته في ديوانه او قضيته لان ما يكون في قمطره وهو تحت ختمه يؤمن صح

اقصى

اقصى ما يستدل به على الملك اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها فيكتفى بها وعن ابي يوسف رح
انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه له قالوا ويحتمل ان يكون هذا تفسيرا لاطلاق محمد رحمه الله في الرواية
وقال الشافعي رح دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا لان اليد متنوعة الى انابة
وملك قلنا والتصرف يتنوع ايضا الى نيابة واصالة ثم ان عاين المالك والملك حل له ان يشهد
وكذا اذا عاين الملك بحدوده دون المالك استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع وان لم يعاينهما
او عاين المالك دون الملك لا يحل اما العبد والامة اذا كان يعرف انهما رقيقان فكذلك لان
الرقيق لا يكون في يد نفسه وان كان لا يعرف انهما رقيقان الا انهما صغيران لا يعبران عن انفسهما
فكذلك لانه لا يد لهما وان كانا كبيرين فذلك مصرف الاستثناء لان لهما يدا على انفسهما فتدفع
يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك وعن ابي حنيفة رح انه يحل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا
بالثياب والفرق ما بيناه باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل قال ولا تقبل شهادة الاعمى
وقال زفر رح وهو رواية عن ابي حنيفة رح انه تقبل فيما يجري فيه التسامع لان الحاجة فيه الى السماع
ولا خلل فيه وقال ابو يوسف والشافعي رح يجوز اذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة
والاداء يختص بالقول ولسانه غير مؤف والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة على الميت
ولنا ان الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز
الاعمى الا بالنغمة وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر فصار
كالحدود والقصاص ولو عمي بعد الاداء يمتنع القضاء عند ابي حنيفة ومحمد رح لان قيام اهلية الشهادة
شرط وقت القضاء لصيرورتها حجة عنده وصار كما اذا خرس او جن او فسق بخلاف ما اذا ماتوا
او غابوا لان الاهلية بالموت انتهت وبالغيبة ما بطلت قال ولا المملوك لان الشهادة من باب
الولاية وهو لا يلي نفسه فاولى ان لا تثبت له الولاية على غيره قال ولا المحدود في قذف
وان تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ولانه من تمام الحد لكونه مانعا فيبقى بعد التوبة كاصله بخلاف
المحدود في غير القذف لان الرد للفسق وقد ارتفع بالتوبة وقال الشافعي رح تقبل اذا تاب لقوله تعالى الا الذين
تابوا استثنى التائب قلنا الاستثناء ينصرف الى ما يليه وهو قوله تعالى واولئك هم الفاسقون او هو استثناء
منقطع بمعنى لكن ولو حد الكافر في القذف ثم اسلم تقبل شهادته لان للكافر شهادة فكان ردها
من تمام الحد وبالاسلام حدثت له شهادة اخرى بخلاف العبد اذا حد ثم اعتق لانه لا شهادة
له اصلا فتمام حده برد شهادته بعد العتق قال ولا شهادة الوالد لولده وولد ولده

ولا شهادة الولد لابويه واجداده والاصل فيه قوله عليه السلام لا تقبل شهادة الولد لوالده

ولا الوالد لولده قال ولا المراة لزوجها ولا الزوج لامراته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده

ولا الاجير لمن استاجره ولان المنافع بين الاولاد والاباء متصلة ولهذا لا يجوز اداء الزكوة اليهم

فتكون شهادة لنفسه من وجه او تتمكن فيه التهمة قال رضي الله عنه والمراد بالاجير على ما قالوا التلميذ

الخاص الذي يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله عم لا شهادة للقانع باهل

البيت وقيل المراد الاجير مسانهة او مشاهرة فيستوجب الاجر بمنافعه عند اداء الشهادة فيصير

كالمستاجر عليها قال ولا تقبل شهادة احد الزوجين للاخر وقال الشافعي رح تقبل لان الاملاك

بينهما متميزة والايدي متحيزة ولهذا يجري القصاص والحبس بالدين بينهما ولا معتبر بما فيه من النفع

لثبوته ضمنا كما في الغريم اذا شهد لمديونه المفلس ولنا ما روينا ولان الانتفاع متصل عادة

وهو المقصود فيصير شاهدا لنفسه من وجه او يصير متهما بخلاف شهادة الغريم لانه لا ولاية

له على المشهود به قال ولا شهادة المولى لعبده لانه شهادة لنفسه من كل وجه اذا لم يكن

على العبد دين او من وجه ان كان عليه دين لان الحال موقوف مراعى قال ولا لمكاتبه لما قلنا

ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لانه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما

ولو شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة قال وتقبل شهادة الاخ لاخيه وعمه

لانعدام التهمة لان الاملاك ومنافعها متباينة ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض قال

ولا تقبل شهادة مخنث ومراده المخنث في الردي من الافعال لانه فاسق فاما الذي في كلامه

لين وفي اعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة قال ولا نائحة ولا مغنية لانهما ترتكبان محرما

فانه عم نهى عن الصوتين الاحمقين النائحة والمغنية قال ولا مدمن الشرب على اللهو

لانه ارتكب محرم دينه قال ولا من يلعب بالطيور لانه يورث غفلة ولانه قد يقف على عورات

النساء بصعوده سطحه ليطير طيره وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالطنبور وهو المغني قال ولا

من يغني للناس لانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة قال ولا من ياتي بابا من الكبائر التي

يتعلق بها الحد للفسق قال ولا من يدخل الحمام من غير مئزر لان كشف العورة حرام وعن

ابي حنيفة رح الا يا عباد الله خافوا الحكم ولا تدخلوا الحمام من غير ازار قال او ياكل الربا او

المقامر بالنرد والشطرنج لان كل ذلك من الكبائر وكذلك من تفوته الصلوة للاشتغال

بهما فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من الشهادة لان للاجتهاد فيه مساغا وشرط

في الاصل

في الاصل ان يكون اكل الربوا مشهورا به لان الانسان قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة

قال ولا من يفعل الافعال المستحقرة كالبول على الطريق والاكل على الطريق لانه تارك للمروءة

وان كان لا يستحيي عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب فيتهم ولا تقبل شهادة من يظهر سب

السلف لظهور فسقه بخلاف من يكتمه وتقبل شهادة اهل الاهواء الا الخطابية وقال الشافعي

لا تقبل لانه اغلظ وجوه الفسق ولنا انه فسق من حيث الاعتقاد وما اوقعه فيه الا تدينه

به فيمتنع عن الكذب وصار كمن يشرب المثلث او ياكل متروك التسمية عامدا مستبيحا

لذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطي اما الخطابية فهم من غلاة الروافض يعتقدون الشهادة

لكل من حلف عندهم وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فتتمكن التهمة في شهادتهم قال وتقبل

شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض وان اختلفت مللهم وقال مالك والشافعي لا تقبل

لانه فاسق قال الله تعالى والكافرون هم الظالمون فيجب التوقف في خبره ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم

فصار كالمرتد ولنا ما روي ان النبي عم اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ولانه من اهل

الولاية على نفسه واولاده الصغار فيكون من اهل الشهادة على جنسه والفسق من حيث الاعتقاد

غير مانع لانه يجتنب ما يعتقده محرم دينه والكذب محظور الاديان بخلاف المرتد لانه لا ولاية له

وبخلاف شهادة الذمي على المسلم لانه لا ولاية له بالاضافة اليه ولانه يتقول عليه لانه

يغيظه قهره اياه وملل الكفر وان اختلفت فلا قهر فلا يحملهم الغيظ على التقول قال ولا تقبل

شهادة الحربي على الذمي اراد به والله اعلم المستامن لانه لا ولاية له عليه لان الذمي

من اهل دارنا وهو اعلى حالا منه وتقبل شهادة الذمي عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذمي

وتقبل شهادة المستامنين بعضهم على بعض اذا كانوا من اهل دار واحدة فان كانوا

من دارين كالروم والترك لا تقبل لان اختلاف الدارين يقطع الولاية ولهذا يمنع التوارث

بخلاف الذمي لانه من اهل دارنا ولا كذلك المستامن قال وان كانت الحسنات اغلب

من السيئات والرجل يجتنب الكبائر قبلت شهادته وان الم بمعصية هذا هو الصحيح في حد العدالة

المعتبرة اذ لا بد من توقي الكبائر كلها وبعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا فاما الالمام بمعصية لا تنقدح

به العدالة المشروطة فلا ترد به الشهادة المشروعة لان في اعتبار اجتنابه الكل سد بابه

وهو مفتوح احياء للحقوق قال وتقبل شهادة الاقلف لانه لا يخل بالعدالة الا اذا تركه

استخفافا بالدين لانه لم يبق بهذا الصنع عدلا قال والخصي فان عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة

وكل ذلك ردا آه

وقيل هو العاصون آه

للحق ولانه قطع عضو منه ظلما كما اذا قطعت يده قال وولد الزنا لان فسق الابوين لا يوجب فسق الولد
ككفرهما وقال مالك رحمه الله لا تقبل في الزنا لانه يحب ان يكون غيره كمثله فيتهم قلنا العدل
لا يختار ذلك ولا يستحبه والكلام في العدل قال وشهادة الخنثى جائزة لانه رجل او امرأة
وشهادة الجنسين مقبولة بالنص قال وشهادة العمال جائزة والمراد عمال السلطان عند عامة المشايخ
لان نفس العمل ليس بفسق الا اذا كانوا اعوانا على الظلم وقيل اذا كان العامل وجيها في الناس
ذا مروءة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته كما مر عن ابي يوسف في الفاسق لانه لوجاهته لا يقدم
على الكذب حفظا للمروءة ولمهابته لا يستاجر على الشهادة الكاذبة قال واذا شهد الرجلان
ان اباهما اوصى الى فلان والوصي يدعي فهو جائز استحسانا وان انكر الوصي لم يجز وفي
القياس لا يجوز وان ادعى وعلى هذا اذا شهد الموصى لهما بذلك او غريمان لهما على الميت
دين او للميت عليهما دين او شهد الوصيان انه اوصى الى هذا الرجل معهما وجه القياس انها
شهادة للشاهد لعود المنفعة اليه ووجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي اذا كان
طالبا والموت معروف فيكفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين لا ان يثبت بها شيء
فصار كالقرعة والوصيان اذا اقرا ان معهما ثالثا يملك القاضي نصب ثالث معهما لعجزهما
عن التصرف باعترافهما بخلاف ما اذا انكرا ولم يعرف الموت لانه ليس له ولاية نصب الوصي
فيكون الشهادة هي الموجبة وفي الغريمين للميت عليهما دين تقبل الشهادة وان لم يكن الموت معروفا
لانهما يقران على انفسهما فيثبت الموت باعترافهما في حقهما وان شهدا ان اباهما الغائب
وكله بقبض ديونه بالكوفة فادعى الوكيل او انكر لم تقبل شهادتهما لان القاضي لا يملك نصب
الوكيل عن الغائب ولو ثبت انما يثبت بشهادتهما وهي غير موجبة لمكان التهمة قال
ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ولا يحكم بذلك لان الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لان له
الدفع بالتوبة فلا يتحقق الالزام ولان فيه هتك الستر والستر واجب والاشاعة حرام وانما
يرخص فيها ضرورة احياء الحقوق وذلك فيما يدخل تحت الحكم الا اذا شهدوا على اقرار المدعي
بذلك تقبل لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم قال ولو اقام المدعى عليه البينة ان المدعي
استاجر الشهود لم تقبل لانه شهادة على جرح مجرد والاستئجار وان كان امرا زائدا عليه
فلا خصم في اثباته لان المدعى عليه اجنبي عنه حتى لو اقام المدعى عليه البينة ان المدعي استاجر
الشهود بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة واعطاهم العشرة من ماله الذي كان في يده تقبل

لانه

لانه خصم في ذلك ثم يثبت الجرح بناء عليه وكذا لو اقامها على اني صالحت الشهود على كذا
من المال ودفعته اليهم على ان لا يشهدوا علي بهذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك المال
ولهذا قلنا انه لو اقام البينة ان الشاهد عبد او محدود في قذف او شارب خمر او قاذف او شريك
المدعي تقبل قال ومن شهد ولم يبرح حتى قال اوهمت بعض شهادتي فان كان عدلا جازت
شهادته ومعنى قوله اوهمت اي اخطات بنسيان ما كان يحق علي ذكره او بزيادة كانت باطلة
ووجهه ان الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس القضاء فكان العذر واضحا فتقبل اذا تداركه في اوانه
وهو عدل بخلاف ما اذا قام عن المجلس ثم عاد وقال اوهمت لانه يوهم الزيادة من المدعي بتلبيس وخيانة
فوجب الاحتياط ولان المجلس اذا اتحد لحق الملحق باصل الشهادة فصار ككلام واحد ولا كذلك
اذا اختلف وعلى هذا اذا وقع الغلط في بعض الحدود او في بعض النسب وهذا اذا كان
موضع شبهة فاما اذا لم يكن فلا باس باعادة الكلام اصلا مثل ان يدع لفظة الشهادة
وما يجري مجرى ذلك وان قام عن المجلس بعد ان يكون عدلا وعن ابي حنيفة وابي يوسف رح
انه تقبل قوله في غير المجلس اذا كان عدلا والظاهر ما ذكرنا والله اعلم باب الاختلاف
في الشهادة قال الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل لان
تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت
فيما يخالفها قال ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند ابي حنيفة رح فان شهد احدهما
بالف والآخر بالفين لم تقبل الشهادة عنده وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الفين
وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلاث لهما انهما اتفقا
على الالف او الطلقة وتفرد احدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه فصار كالالف والالف
والخمسمائة ولابي حنيفة رح انهما اختلفا لفظا وذلك يدل على اختلاف المعنى لانه يستفاد
باللفظ وهذا لان الالف لا يعبر عن الالفين بل هما جملتان متباينتان فحصل على كل
واحد شاهد واحد فصار كما اذا اختلف جنس المال قال وان شهد احدهما بالف
والآخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الفا وخمسمائة قبلت الشهادة على
الالف لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى لان الالف والخمسمائة جملتان عطفت
احداهما على الاخرى والعطف يقرر الاول ونظيره الطلقة والطلقة والنصف والمائة والمائة
والخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف العطف فهو نظير الالف والالفين وان قال

دون ما تفرد به احدهما

المدعي لم يكن له الا الالف فشهادة الذي شهد بالالف والخمس مائة باطلة لانه كذبه المدعي في المشهود به
وكذا اذا سكت الا عن دعوى الالف لان التكذيب ظاهر فلا بد من التوفيق ولو قال كان
اصل حقي الفا وخمس مائة ولكني استوفيت خمس مائة او ابرأته عنها قبلت لتوفيقه قال واذا
شهدا بالف وقال احدهما قضاه منها خمس مائة قبلت بشهادتهما بالالف لاتفاقهما عليه
ولم يسمع قوله قضاه لانه شهادة فرد الا ان يشهد معه آخر وعن ابي يوسف رح انه يقضي
بخمس مائة لان شاهد القضاء مضمون شهادته ان لا دين الا خمس مائة وجوابه ما قلنا قال
وينبغي للشاهد اذا علم بذلك ان لا يشهد بالالف حتى يقر المدعي انه قبض خمس مائة
كيلا يصير معينا على الظلم وفي الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض الف درهم فشهد
احدهما انه قد قضاها فالشهادة جائزة على القرض لاتفاقهما عليه وتفرد احدهما بالقضاء
على ما بيناه وذكر الطحاوي عن اصحابنا رح انه لا يقبل وهو قول زفر رح لان المدعي اكذب شاهد القضاء
قلنا هذا اكذاب في غير المشهود به الاول وهو القرض ومثله لا يمنع القبول
قال واذا شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة وشهد آخران انه قتله يوم النحر
بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتين لان احديهما كاذبة وليست احديهما
باولى من الاخرى فان سبقت احديهما وقضى بها ثم حضرت الاخرى لم تقبل لان الاولى
ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض بالثانية قال واذا شهدا على رجل انه سرق بقرة
واختلفا في لونها قطع وان قال احدهما بقرة والآخر ثور لم يقطع وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا
لا يقطع في الوجهين جميعا وقيل الاختلاف في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة لا في السواد والبياض
وقيل الاختلاف في جميع الالوان لهما ان السرقة في السوداء غيرها في البيضاء فلم يتم على كل فعل
نصاب الشهادة وصار كالغصب بل اولى لان امر الحد اهم وصار كالذكورة والانوثة
وله ان التوفيق ممكن لان التحمل في الليالي من بعيد واللونان يتشابهان او يجتمعان فيكون
السواد من جانب وهذا يبصره والبياض من جانب آخر بخلاف الغصب لان التحمل فيه بالنهار
على قرب منه والذكورة والانوثة لا يجتمعان في واحدة وكذا الوقوف على ذلك بالقرب
منه فلا يشتبه قال ومن شهد لرجل انه اشترى عبد فلان بالف وشهد آخر انه اشترى
بالف وخمس مائة فالشهادة باطلة لان المقصود اثبات السبب وهو العقد ويختلف باختلاف
الثمن فاختلف المشهود به ولم يتم العدد على كل واحد ولان المدعي يكذب احد شاهديه وكذا

اذا كان

اذا كان هو البائع ولا فرق بين ان يدعي المدعي اقل المالين او اكثرهما لما بينا وكذلك الكتابة لان
المقصود هو العقد ان كان المدعي هو العبد فظاهر وكذا اذا كان المولى لان العتق لا يثبت
قبل الاداء فكان المقصود اثبات السبب وكذا الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد
ان كان المدعي هو العبد والمرأة والقاتل لان المقصود اثبات العقد والحاجة ماسة
اليه وان كانت الدعوى من الجانب الآخر فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه لانه ثبت العفو والعتق والطلاق
باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين وفي الرهن ان كان المدعي هو الراهن لا تقبل لانه لا حظ له
في الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى وان كان هو المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين قال فاما النكاح
فانه يجوز بالف استحسانا وقال ابو يوسف رح ومحمد رح هذا باطل في النكاح ايضا وذكر في الامالي
قول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة رح لهما ان هذا اختلاف في العقد لان المقصود من الجانبين السبب فاشبه
البيع ولابي حنيفة رحمه الله ان المال في النكاح تابع والاصل فيه الحل والازدواج والملك ولا اختلاف
فيما هو الاصل فيثبت ثم اذا وقع الاختلاف في التبع يقضى بالاقل لاتفاقهما عليه ويستوي دعوى
اقل المالين واكثرهما في الصحيح ثم قيل الاختلاف فيما اذا كانت المرأة هي المدعية وفيما كان
المدعي هو الزوج اجماع انه لا يقبل لان مقصودها قد يكون المال ومقصوده ليس الا العقد وقيل
الخلاف في الفصلين وهذا اصح والوجه ما ذكرناه فصل في الشهادة على الارث قال
ومن اقام بينة على دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها الذي هي في يده فانه يأخذها
ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له واصله انه متى ثبت ملك المورث لا يقضى للوارث حتى يشهد
الشهود انه مات وتركه ميراثا له عند ابي حنيفة رح ومحمد رح خلافا لابي يوسف رح هو يقول
ان ملك الوارث ملك المورث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث وهما
يقولان ان ملك الوارث متجدد في حق العين حتى يجب الاستبراء في الجارية الموروثة ويحل
للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير فلا بد من النقل الا انه يكتفي بالشهادة على قيام
ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة وكذا على قيام يده على ما نذكره ان شاء الله
تعالى وقد وجدت الشهادة على اليد في مسئلة الكتاب لان يد المستعير والمودع والمستأجر
قائمة مقام يده فاغنى ذلك عن الجر والنقل وان شهدوا انها كانت في يد فلان مات وهي
في يده جازت الشهادة لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان والامانة
تصير مضمونة بالتجهيل فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت وان قالوا لرجل حي نشهد

وفي الاجارة ان كان ذلك في اول المدة فهو نظير البيع وان كان بعد مضي المدة والمدعي هو الآجر فهو دعوى الدين

انها كانت في يد المدعي منذ اشهر لم تقبل وعن ابي يوسف انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك
ولو شهدوا انها كانت ملكه تقبل فكذا هذا فصار كما اذا شهدوا بالاخذ من المدعي وجه
الظاهر وهو قولهما ان الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية وهي متنوعة الى ملك وامانة
وضمان فتعذر القضاء باعادة المجهول بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وبخلاف الاخذ لانه معلوم
وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ولان يد ذي اليد معاين ويد المدعي مشهود به وليس الخبر كالمعاينة
قال وان اقر المدعى عليه بذلك دفعت الى المدعي لان الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الاقرار وان
شهد شاهدان انه اقر انها كانت في يد المدعي دفعت اليه لان المشهود به ههنا الاقرار
وهو معلوم

باب الشهادة على الشهادة

الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة
وهذا استحسان لشدة الاحتياج اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز عن اداء الشهادة لبعض العوارض
فلو لم تجز الشهادة على الشهادة ادى الى اتواء الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة
وان كثرت الا ان فيها شبهة من حيث البدلية او من حيث ان فيها زيادة احتمال وقد امكن
الاحتراز عنه بجنس الشهود فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص وتجوز شهادة
شاهدين على شهادة شاهدين وقال الشافعي رح لا يجوز الا الاربع على كل اصل اثنان لان
كل شاهدين قائمان مقام شاهد واحد فصار كالمرأتين ولنا قول علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة
رجل الا شهادة رجلين ولان نقل شهادة الاصل من الحقوق فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق
آخر فتقبل ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد لما روينا وهو حجة على مالك رح ولانه
حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة قال وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل لشاهد
الفرع اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلان بن فلان اقر عندي بكذا واشهدني على نفسه
لان الفرع كالنائب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل على ما مر ولا بد ان يشهد كما يشهد عند القاضي
لينقله الى مجلس القضاء وان لم يقل له اشهدني على نفسه جاز لان من سمع اقرار غيره حل له الشهادة
وان لم يقل له اشهد قال ويقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته
ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك لانه لا بد من شهادته
وذكره شهادة الاصل وذكر التحميل ولها لفظ اطول من هذا واقصر منه وخير الامور اوساطها
ومن قال اشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول اشهد على شهادتي
لانه لا بد من التحميل وهذا ظاهر عند محمد رح لان القضاء عنده بشهادة الفروع والاصول جميعا حتى اشتركوا
في الضمان عند الرجوع ليصير حجة فيظهر تحميل ما هو حجة قال ولا تقبل شهادة شهود

وكذا عندهما لانه لا بد من نقل شهادة الاصول

الفرع

220

الفرع الا ان يموت شهود الاصل او يغيبوا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا او يمرضوا مرضا لا يستطيعون
معه حضور مجلس الحاكم لان جوازها للحاجة وانما تمس عند عجز الاصل وبهذه الاشياء يتحقق
العجز وانما اعتبرنا السفر لان المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما حتى ادير الشهادة لا يستطيع
ان يبيت في اهله صح الاشهاد احياء لحقوق الناس قالوا الاول احسن والثاني ارفق
وبه اخذ الفقيه ابو الليث رح فان عدل شهود الاصل شهود الفرع جاز لانهم
من اهل التزكية وكذا اذا شهد شاهدان فعدل احدهما الآخر صح لما قلنا غاية الامر
ان فيه منفعة من حيث القضاء بشهادته لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة
نفسه كيف وان قوله مقبول في نفسه وان ردت شهادة صاحبه فلا تهمة قال وان
سكتوا عن تعديلهم جاز ونظر القاضي في حالهم وهذا عند ابي يوسف رح وقال محمد رح
لا تقبل لانه لا شهادة الا بالعدالة فاذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل
ولابي يوسف رح ان المأخوذ عليهم النقل دون التعديل لانه قد يخفى عليهم واذا نقلوا
يتعرف القاضي العدالة كما اذا حضروا بانفسهم وشهدوا قال وان انكر شهود
الاصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع لان التحميل لم يثبت للتعارض
بين الخبرين وهو شرط قال واذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة
بنت فلان الفلانية وقالا اخبرانا انهما يعرفانها فجاء بامرأة وقالا لا ندري
اهي هذه ام لا فانه يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان انها فلانة لان الشهادة
على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك
النسبة ونظير هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدود بذكر حدودها وشهدوا على المشتري
لا بد من آخرين يشهدان على ان المحدود بها في يد المدعى عليه وكذا اذا انكر المدعى عليه ان
الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يده وكذلك كتاب القاضي الى القاضي لانه في معنى
الشهادة على الشهادة الا ان القاضي لكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل
قال ولو قالوا في هذين البابين فلانة بنت فلان التميمية لم يجز حتى ينسبوها الى فخذها وهي
القبيلة الخاصة وهذا لان التعريف لا بد منه في هذا ولا يحصل بالنسبة العامة وهي عامة الى
بني تميم لانهم قوم لا يحصون ويحصل بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة وقيل الفرغانية نسبة
عامة والاوزجندية خاصة وقيل السمرقندية والبخارية عامة وقيل الى السكة الصغيرة

خاصة والى المحلة الكبيرة والمصر عامة ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ره ومحمد ره خلافا لابي يوسف ره على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لانه اسم الجد الاعلى فنزل منزلة الجد الادنى

فصل

قال ابو حنيفة ره شاهد الزور اشهره في السوق ولا اعزره وقالا نوجعه ضربا ونحبسه وهو قول الشافعي ره لما روي عن عمر رضي الله عنه انه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه ولان هذه كبيرة يتعدى ضررها الى العباد وليس فيه حد مقدر فيعزر وله ان شريحا رضي الله عنه كان يشهر ولا يضرب ولان الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب وان كان مبالغة في الزجر ولكنه يقع مانعا عن الرجوع فوجب التخفيف نظرا الى هذا الوجه وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى الاربعين والتسخيم ثم تفسير التشهير منقول عن شريح فانه كان يبعثه الى سوقه ان كان سوقيا او الى قومه ان كان غير سوقي بعد العصر اجمع ما كانوا ويقولون ان شريحا يقرئكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس وذكر شمس الائمة السرخسي ره انه يشهر عندهما ايضا والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما وكيفية التعزير ذكرناه في الحدود وفي الجامع الصغير شاهدان اقرا انهما شهدا بزور لم يضربا وقالا يعزران وفائدته ان شاهد الزور في حق ما ذكرنا من الحكم هو المقر على نفسه بذلك فاما لا طريق الى اثبات ذلك بالبينة لانه نفي الشهادة والبينات للاثبات

باب الرجوع عن الشهادة

واذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت لان الحق انما يثبت بالقضاء والقاضي لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لانهما ما اتلفا شيئا لا على المدعي ولا على المشهود عليه فان حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم لان آخر كلامهم يناقض اوله فلا ينقض الحكم بالمتناقض ولانه في الدلالة على الصدق مثل الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به وعليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم لاقرارهم على انفسهم بسبب الضمان والتناقض لا يمنع صحة الاقرار وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم لانه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من المجلس وهو مجلس القاضي اي قاض كان ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان واذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القضاء فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما واراد يمينهما لا يحلفان

وكذا

وكذا لا تقبل بينته عليهما لانه ادعى رجوعا باطلا حتى لو اقام البينة انه رجع عند قاض كذا وضمنه المال تقبل لان السبب صحيح واذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه لان التسبيب على وجه التعدي سبب الضمان كحافر البئر وقد تسببا للاتلاف تعديا وقال الشافعي ره لا يضمنان لانه لا عبرة للتسبيب عند وجود المباشرة قلنا تعذر ايجاب الضمان على المباشر وهو القاضي لانه كالملجأ الى القضاء وفي ايجابه صرف الناس عن تقلد القضاء وتعذر استيفاؤه من المدعي لان الحكم ماض فاعتبر التسبيب وانما يضمنان اذا قبض المدعي المال دينا كان او عينا لان الاتلاف به يتحقق ولانه لا مماثلة بين اخذ العين والزام الدين فان رجع احدهما ضمن النصف والاصل ان المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي من يبقى بشهادته نصف الحق وان شهد بالمال ثلثة فرجع احدهم فلا ضمان عليه لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهذا لان الاستحقاق باق في الحجة والمتلف متى استحق سقط الضمان فاولى ان يمتنع فان رجع آخر ضمن الراجعان نصف المال لان ببقاء احدهم يبقى نصف الحق وان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع المال لبقاء ثلثة الارباع ببقاء من بقي وان رجعتا ضمنتا نصف الحق لان بشهادة الرجل بقي نصف الحق وان شهد رجل وعشرة نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وان رجعت اخرى كان عليهن ربع الحق لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقي ثلثة الارباع وان رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة اسداسه عند ابي حنيفة ره وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام رجل ولابي حنيفة ان كل امرأتين قامت مقام رجل قال عليه السلام في نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل فصار كما اذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا فان رجع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين لما قلنا ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لان الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف اليه الحكم وان شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما وكذا اذا شهدا باقل من مهر مثلها لان منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف لان التضمين يستدعي المماثلة على ما عرف وانما تضمن وتتقوم بالملك لانها تصير متقومة

ضرورة الملك إبانة لخطر المحل وكذا إذا شهدا على رجل بتزوج امرأة بمقدار مهر مثلها لأنه إتلاف بعوض لأن البضع متقوم حال الدخول في الملك والإتلاف بعوض كلا إتلاف وهذا لأن مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين الإتلاف بعوض وبينه بغير عوض وإن شهدا بأكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لأنهما أتلفاها من غير عوض وإن شهدا ببيع شيء بمثل القيمة أو أكثر ثم رجعا لم يضمنا لأنه ليس بإتلاف معنى نظرا إلى العوض وإن كان بأقل من القيمة ضمنا النقصان لأنهما أتلفا هذا الجزء بلا عوض ولا فرق بين أن يكون البيع باتا أو فيه خيار البائع لأن السبب هو السابق فيضاف الحكم عند سقوط الخيار إليه فأضيف التلف إليهم وإن شهدا على رجل أنه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر لأنهما أكدا ضمانا على شرف السقوط ألا ترى أنها لو طاوعت ابن الزوج أو ارتدت سقط المهر أصلا ولأن الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر كما مر في النكاح ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة فكان واجبا بشهادتهما وإن شهدا أنه أعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته لأنهما أتلفا مالية العبد من غير عوض والولاء للمعتق لأن العتق لا يتحول إليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء وإذا شهدا بقصاص ثم رجعا بعد القتل ضمنا الدية ولا يقتص منهما وقال الشافعي رح يقتص منهما لوجود القتل تسبيبا فأشبه المكره بل أولى لأن الولي يعان والمكره يمنع ولنا أن القتل مباشرة لم يوجد وكذا تسبيبا لأن التسبيب ما يفضي إليه غالبا ولا يفضي لأن العفو مندوب بخلاف المكره لأنه يؤثر حياته ظاهرا ولأن الفعل الاختياري مما يقطع النسبة ثم لا أقل من الشبهة وهي دارئة للقصاص بخلاف المال لأنه يثبت مع الشبهات والباقي يعرف في المختلف فإذا رجع شهود الفرع ضمنوا لأن الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافا إليهم ولو رجع شهود الأصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم لأنهم أنكروا السبب وهو الإشهاد ولا يبطل القضاء لأنه خبر محتمل فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء وإن قالوا أشهدناهم وغلطنا ضمنوا وهذا عند محمد رح وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لا ضمان عليهم لأن القضاء وقع بشهادة الفروع لأن القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادتهم وله أن الفروع نقلوا شهادة الأصول فصار كأنهم حضروا ولو رجع الأصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما على الفروع لا غير لأن القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد رح المشهود عليه بالخيار إن شاء ضمن الأصول وإن شاء

ضمن الفروع

ضمن الفروع لأن القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرنا وبشهادة الأصول من الوجه الذي ذكر فيتخير بينهما والجهتان متغايرتان فلا يجمع بينهم في التضمين وإن قال شهود الفرع كذب شهود الأصل أو غلطوا في شهادتهم لم يلتفت إلى ذلك لأن ما أمضي من القضاء لا ينتقض بقولهم ولا يجب الضمان عليهم لأنهم ما رجعوا عن شهادتهم إنما شهدوا على غيرهم بالرجوع وإن رجع المزكون عن التزكية ضمنوا وهذا عند أبي حنيفة رح وقالا لا يضمنون لأنهم أثنوا على الشهود خيرا فصاروا كشهود الإحصان وله أن التزكية إعمال للشهادة إذ القاضي لا يعمل بها إلا بالتزكية فصارت في معنى علة العلة بخلاف شهود الإحصان لأنه شرط محض وإذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين خاصة لأنه هو السبب والتلف يضاف إلى مثبتي السبب دون الشرط المحض ألا ترى أن القاضي يقضي بشهادة اليمين دون شهود الشرط ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه ومعنى المسألة يمين العتاق والطلاق قبل الدخول

كتاب الوكالة

كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره لأن الإنسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الأحوال فيحتاج إلى أن يوكل غيره فيكون بسبيل منه دفعا للحاجة وقد صح أن النبي عم وكل بالشراء حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن أم سلمة ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق لما قدمنا من الحاجة إذ ليس كل أحد يهتدي إلى وجوه الخصومات وقد صح أن عليا رضي الله عنه وكل عقيلا وبعدما أسن عقيل وكل عبد الله بن جعفر رضي الله عنهم وكذا بإيفائها واستيفائها إلا في الحدود والقصاص فإن الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لأنها تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبته بل هو الظاهر للندب الشرعي بخلاف غيبة الشاهد لأن الظاهر عدم الرجوع وبخلاف حالة الحضرة لانتفاء هذه الشبهة وليس كل أحد يحسن الاستيفاء فلو منع عنه ينسد باب الاستيفاء أصلا وهذا الذي ذكرناه قول أبي حنيفة رح وقال أبو يوسف رح لا يجوز الوكالة بإثبات الحدود والقصاص بإقامة الشهود أيضا وقول محمد رح مع أبي حنيفة رح وقيل مع أبي يوسف وقيل هذا الاختلاف في غيبته دون حضرته لأن كلام الوكيل ينتقل إلى الموكل عند حضوره له أن التوكيل إنابة وشبهة النيابة يتحرز عنها في هذا الباب كما في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفاء ولأبي حنيفة رح أن الخصومة شرط محض لأن الوجوب مضاف إلى الجناية والظهور مضاف إلى الشهادة فيجري فيه التوكيل كما في التوكيل في سائر الحقوق

وعلى هذا الخلاف التوكيل في الجواب من جانب من عليه وكلام ابي حنيفة فيه اظهر لان الشبهة لا تمنع
الدفع غير ان اقرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهة عدم الامر به وقال ابو حنيفة لا يجوز
التوكيل بالخصومة الا برضاء الخصم الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا
وقالا يجوز التوكيل بغير رضاء الخصم وهو قول الشافعي ولا خلاف في الجواز انما الخلاف في اللزوم
لهما ان التوكيل تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضاء غيره كالتوكيل بتقاضي الديون
وله ان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره والناس متفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه
يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه احدهما يتخير الاخر بخلاف المريض والمسافر
لان الجواب غير مستحق عليهما هنالك ثم كما يلزم التوكيل عنده في المسافر يلزم اذا اراد السفر لتحقق الضرورة
ولو كانت المراة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم قال الرازي يلزم التوكيل
لانها لو حضرت لا يمكنها ان تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها قال رضي الله عنه وهذا شيء
استحسنه المتأخرون والفتوى عليه ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الاحكام
لان التوكيل تمليك التصرف من جهة الموكل فلا بد ان يكون الموكل مالكا ليملكه من غيره ويشترط
ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فلا بد ان يكون
من اهل العبارة حتى لو كان صبيا لا يعقل او مجنونا كان التوكيل من اهل العبارة ولو وكلا

باطلا واذا وكل الحر البالغ او المأذون مثلهما جاز لان الموكل مالك للتصرف والوكيل صح

صبيا محجورا يعقل البيع والشراء او عبدا محجورا جاز ولا يتعلق بهما الحقوق ويتعلق بموكلهما
لان الصبي من اهل العبارة الا ترى انه ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من اهل التصرف على نفسه
مالك له وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه الا انه لا يصح منهما التزام
العهدة الصبي لقصور اهليته والعبد لحق سيده فيلزم الموكل وعن ابي يوسف رحمه الله
ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي او مجنون له خيار الفسخ لانه دخل في العقد
على ان حقوقه تتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه يتخير كما اذا عثر على عيبه والوكلاء والعقد الذي يعقده
على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون
الموكل وقال الشافعي رحمه الله تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك
يتعلق بالموكل فكذا توابعه فصار كالرسول والوكيل بالنكاح ولنا ان الوكيل هو العاقد
حقيقة لان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه ادميا وكذا حكما لانه يستغني عن اضافة
العقد الى الموكل ولو كان سفيرا عنه لما استغنى عن ذلك كالرسول واذا كان كذلك

كان

كان اصيلا في الحقوق فيتعلق به ولهذا قال في الكتاب يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن
اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم فيه لان كل ذلك من الحقوق والملك يثبت للموكل خلافة

ويخاصم في العيب

عنه اعتبارا للتوكيل السابق كالعبد يتهب ويصطاد ويحتطب هو الصحيح قال رضي الله عنه وفي مسئلة
العيب تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى وكل عقد يضيفه الى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد
فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المراة
تسليمها لان الوكيل فيها سفير محض الا يرى انه لا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو اضافه
الى نفسه كان النكاح له فصار كالرسول وهذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانه اسقاط
فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيرا والضرب الثاني من اخواته العتق
على مال والكتابة والصلح على الانكار فاما الصلح الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الاول
والوكيل بالهبة والتصدق والاعارة والايداع فهو من الضرب الاول والرهن والاقراض
سفير محض ايضا لان الحكم فيها يثبت بالقبض وانه يلاقي محلا مملوكا للغير فلا يجعل اصيلا وكذا اذا كان
الوكيل من جانب الملتمس وكذا الشركة والمضاربة الا ان التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت
الملك للموكل بخلاف الرسالة فيه واذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله ان يمنعه اياه لانه اجنبي
عن العقد وحقوقه لما ان الحقوق الى العاقد فان دفعه اليه جاز ولم يكن للوكيل ان يطالبه
ثانيا لان نفس الثمن المقبوض حقه وقد وصل اليه ولا فائدة في الاخذ منه ثم في الدفع اليه ولهذا
لو كان للمشتري على الموكل دين تقع المقاصة ولو كان له عليهما دين تقع المقاصة بدين الموكل
ايضا دون الوكيل وبدين الوكيل اذا كان وحده ان كان تقع المقاصة عند ابي حنيفة ومحمد
لما انه يملك الابراء عنه عندهما لكنه يضمنه للموكل في الفصلين والله اعلم باب الوكالة بالبيع والشراء

فصل في الشراء ومن وكل رجلا بشراء شيء فلا بد من تسمية جنسه وصفته او جنسه ومبلغ ثمنه
ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الائتمار الا ان يوكله وكالة عامة فيقول ابتع لي ما رأيت لانه
فوض الامر الى رأيه فاي شيء يشتريه يكون ممتثلا والاصل ان الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة
كجهالة الوصف استحسانا لان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي اعتبار هذا
الشرط بعض الحرج وهو مدفوع ثم ان كان اللفظ يجمع اجناسا او ما هو في معنى الاجناس لا يصح
التوكيل وان بين الثمن لان بذلك الثمن يوجد في كل جنس فلا يدري مراد الامر لتفاحش الجهالة
وان كان جنسا يجمع انواعا لا يصح الا ببيان الثمن او النوع لان بتقدير الثمن يصير النوع معلوما

وبذكر النوع تقل الجهالة فلا يمنع الامتثال مثاله اذا وكله بشراء عبد او جارية لا يصح لانه يشمل
انواعا فان بين النوع كالتركي والحبشي والهندي والمولد جاز وكذا اذا بين الثمن لما ذكرناه
ولو بين النوع او الثمن ولم يبين الصفة يعني الجودة والرداءة والسطة جاز لانه جهالة مستدركة
ومراده من الصفة المذكورة في الكتاب النوع وفي الجامع الصغير ومن قال لآخر اشتر لي ثوبا او دابة
او دارا فالوكالة باطلة للجهالة الفاحشة فان الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الارض
وفي العرف يطلق على الخيل والبغل والحمار فقد جمع اجناسا وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من
الاطلس الى الكساء ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار تشتمل ما هو في معنى الاجناس لانها تختلف
اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال
فان سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز معناه نوعه وكذا اذا سمى نوع الدابة
بان قال حمارا ونحوه ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها
والقياس ان يكون على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما في اليمين على الاكل اذ الطعام اسم لما يطعم وجه
الاستحسان ان العرف املك على ما ذكرناه اذا ذكر مقرونا بالبيع والشراء ولا عرف في الاكل فبقي
على الوضع وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى
الدقيق واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب ما دام المبيع في يده لانه
من حقوق العقد وهي كلها اليه وان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه لانه انتهى حكم الوكالة
ولان فيه ابطال حقه يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه ولهذا كان خصما لمن يدعي في المشترى
دعوى كالشفيع وغيره قبل التسليم الى الموكل لا بعده ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم
لانه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به على ما مر ومراده التوكيل بالاسلام دون قبول السلم لان
ذلك لا يجوز فان الوكيل يبيع طعاما في ذمته على ان يكون الثمن لغيره وهذا لا يجوز فان فارق الوكيل صاحبه
قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض ولا يعتبر مفارقة الموكل لانه ليس بعاقد و
المستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد
المحجور عليه بخلاف الرسول لان الرسالة في العقد لا في القبض وينتقل كلامه الى المرسل فصار
قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان
يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ولهذا اذا اختلفا في الثمن يتحالفان ويرد
الموكل بالعيب على الوكيل وقد سلم المشترى للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه ولان الحقوق

لما كانت

لما كانت اليه وقد علمه الموكل فيكون راضيا بدفعه من ماله فان هلك المبيع في يده قبل حبسه هلك
من مال الموكل ولم يسقط الثمن لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبس يصير الموكل قابضا بيده وله
ان يحبسه حتى يستوفي الثمن لما بينا انه بمنزلة البائع من الموكل وقال زفر رحمه الله ليس له
ذلك لان الموكل صار قابضا بيده فكأنه سلمه اليه فيسقط حق الحبس قلنا هذا لا يمكن التحرز
عنه فلا يكون راضيا بسقوط حقه في الحبس على ان قبضه موقوف فيقع للموكل ان لم يحبسه
ولنفسه عند حبسه فان حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند ابي يوسف رحمه الله
وضمان المبيع عند محمد رحمه الله وهو قول ابي حنيفة رحمه الله وضمان الغصب عند زفر رحمه الله لانه منع
بغير حق لهما انه بمنزلة البائع منه فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه ولابي يوسف
انه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن وهو الرهن بعينه بخلاف المبيع لان البيع ينفسخ
بهلاكه وهاهنا لا ينفسخ اصل العقد قلنا في حق الموكل والوكيل كما اذا رده الموكل بعيب ورضي
الوكيل به واذا وكله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع
منه عشرة ارطال بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يلزمه العشرون
وذكر في بعض النسخ قول محمد مع قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لم يذكر الخلاف في الاصل وابو يوسف رحمه الله انه امره بصرف
الدرهم في اللحم وظن ان سعره عشرة ارطال فاذا اشترى به عشرين فقد زاده خيرا
خيرا وصار كما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين ولابي حنيفة انه امره بشراء عشرة
ولم يأمره بشراء الزيادة فينفذ شراؤها عليه وشراء العشرة على الموكل بخلاف ما استشهد به
لان الزيادة هناك بدل ملك الموكل فيكون له بخلاف ما اشترى ما يساوي عشرين رطلا بدرهم حيث
يصير مشتريا لنفسه بالاجماع لان الامر يتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الآمر ولو وكله
بشراء شيء بعينه فليس له ان يشتريه لنفسه لانه يؤدي الى تغرير الآمر حيث اعتمد عليه ولان فيه عزل
نفسه ولا يملكه على ما قيل الا بمحضر من الموكل فلو كان الثمن مسمى فاشترى بخلاف جنسه او لم يكن
مسمى فاشترى بغير النقود او وكل وكيلا بشرائه فاشترى بخلاف جنسه الثاني وهو غائب يثبت
الملك للوكيل الاول في هذه الوجوه لانه خالف امر الآمر فينفذ عليه ولو اشترى الثاني بحضرة
الوكيل الاول نفذ على الموكل الاول لانه حضره رأيه فلم يكن مخالفا وان وكله بشراء عبد بغير عينه
فاشترى عبدا فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشراء للموكل او يشتريه بمال الموكل قال رضي الله عنه
هذه المسألة على وجوه ان اضاف العقد الى دراهم الآمر كان للآمر وهو المراد عندي بقوله او يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله لان فيه تفصيلا وخلافا وهذا بالاجماع وهو مطلق وان اضافه الى دراهم نفسه كان لنفسه

هذه المسئلة على وجوه ان اضاف العقد الى دراهم الآمر كان للآمر وهو المراد عندي بقوله او يشتري به قال
الموكل دون النقد من ماله لان فيه تفصيلا وخلافا وهذا بالاجماع وهو مطلق وان اضافه الى
دراهم نفسه كان لنفسه حملا لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة اذ الشراء لنفسه باضافة العقد
الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا وان اضافه الى دراهم مطلقة فان نواها للآمر فهو للآمر
وان نواها لنفسه فلنفسه لان له ان يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل وان تكاذبا في النية
يحكم النقد بالاجماع لانه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا وان توافقا على انه لم تحضره النية قال محمد
هو للعاقد لان الاصل ان كل احد يعمل لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت وعند ابي يوسف
يحكم النقد لان ما اوقعه مطلقا يحتمل الوجهين فيبقى موقوفا فمن اي المالين نقد فقد فعل
ذلك لصاحبه ولان مع تصادقهما يحتمل النية للآمر وفيما قلناه حمل حاله على الصلاح
كما في حالة التكاذب والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه ومن امر رجلا
بشراء عبد بالف فقال قد فعلت ومات عندي وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول
قول الآمر وان كان دفع اليه الالف فالقول قول المأمور لان في الوجه الاول اخبر عما
لا يملك استئنافه وهو الرجوع بالثمن على الآمر وهو ينكر والقول قول المنكر وفي الوجه
الثاني هو امين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله ولو كان العبد حيا
حين اختلفا ان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور لانه امين وان لم يكن منقودا فكذلك
عند ابي يوسف ومحمد رح لانه يملك استئناف الشراء فلا يتهم في الاخبار عنه وعند ابي حنيفة رح
القول للآمر لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة الزمها الآمر
بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه امين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك ولا ثمن في يده هنا وان
كان امره بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقودا
او غير منقود وهذا بالاجماع لانه اخبر عما يملك استئنافه ولا تهمة فيه لان الوكيل بشراء شيء
بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته على ما مر بخلاف غير المعين على ما ذكرنا
لابي حنيفة رح وان كان العبد هالكا والثمن منقود فالقول للمأمور وان كان غير منقود فللآمر
كما في غير المنقود ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان فباعه ثم انكر ان يكون فلان امره قال
فلانا يأخذه لان قوله السابق اقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الانكار اللاحق فان قال
فلان لم آمره لم يكن له لان الاقرار يرتد برده الا ان يسلمه المشتري له فيكون بيعا وعليه العهدة

لانه

لانه صار مشتريا بالتعاطي كمن اشترى لغيره بغير امره حتى لزمه ثم سلمه المشتري له ودلت
المسئلة على ان التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس
والخسيس لاستتمام التراضي وهو المعتبر في الباب ومن امر رجلا بان يشتري له عبدين
باعيانهما ولم يسم له ثمنا فاشترى احدهما جاز لان التوكيل مطلق وقد لا يتفق الجمع بينهما
في البيع الا فيما لا يتغابن الناس فيه لانه توكيل بالشراء وهذا كله بالاجماع ولو امره ان يشتريهما
بالف وقيمتهما سواء فعند ابي حنيفة رح ان اشترى احدهما بخمسمائة او اقل جاز وان اشترى
باكثر لم يلزم الآمر لانه قابل الالف بهما وقيمتهما سواء فيقسم بينهما نصفين دلالة فكان آمرا
بشراء كل واحد بخمسمائة ثم الشراء بها موافقة وباقل منها مخالفة الى خير وبالزيادة الى شر
قلت الزيادة او كثرت فلا يجوز الا ان يشتري الباقي ببقية الالف قبل ان يختصما استحسانا لان شراء
الاول قائم وقد حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين بالف وما ثبت الانقسام الا دلالة
والصريح يفوقها وقالا ان اشترى احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي
من الالف ما يشتري بمثله الباقي جاز لان التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما قلناه ولكن لا بد
ان يبقى من الالف باقية يشتري بمثلها الباقي ليمكنه تحصيل غرض الآمر ومن له على آخر الف فامره
ان يشتري بها هذا العبد فاشتراه جاز لان في تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع
يجوز على ما نذكر ان شاء الله تعالى وان امره ان يشتري بها عبدا بغير عينه فاشتراه فمات
في يده من قبل ان يقبضه الآمر مات من مال المشتري وان قبضه الآمر فهو له وهذا عند ابي حنيفة
رح وقالا هو لازم للآمر اذا قبضه المأمور وعلى هذا اذا امره ان يسلم ما عليه او يصرف ما عليه
لهما ان الدراهم والدنانير لا تتعينان في المعاوضات دينا كانت او عينا الا ترى انه لو تبايعا
عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد فصار الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح
التوكيل ويلزم الآمر لان يد الوكيل كيده ولابي حنيفة رح انها تتعين في الوكالات الا ترى انه
لو قيد الوكالة بالعين منها او بالدين منها ثم استهلك العين او اسقط الدين بطلت الوكالة
واذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين بدون ان يوكله بقبضه وذلك
لا يجوز كما اذا اشترى بدين على غير المشتري او يكون امرا بصرف ما لا يملكه الا بالقبض قبله وذلك
باطل كما اذا قال اعط مالي عليك من شئت بخلاف ما اذا عين البائع لانه يصير وكيلا
عنه في القبض ثم يتملكه وبخلاف ما اذا امره بالتصدق لانه جعل المال لله تعالى وهو معلوم و

وإذا لم يصح التوكيل نفذ الشراء على المأمور فيهلك من ماله إلا إذا قبضه الآمر منه لانعقاد البيع تعاطيا

ومن دفع إلى آخر ألفا وأمره أن يشتري بها جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المأمور اشتريتها بألف فالقول قول المأمور ومراده إذا كانت تساوي ألفا لأنه أمين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الأمانة والآمر يدعي ضمان خمسمائة فالقول له وإن كانت تساوي خمسمائة فالقول للآمر لأنه خالف حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة والأمر تناول ما يساوي ألفا فيضمن وإن لم يكن دفع إليه الألف فالقول قول الآمر أما إذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة وإن كانت قيمتها ألفا فمعناه أنهما يتحالفان لأن الموكل والوكيل في هذا ينزلان منزلة البائع والمشتري وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما فتلزم الجارية المأمور ولو أمره أن يشتري له هذا العبد ولم يسم له ثمنا فاشتراه فقال الآمر اشتريته بخمسمائة وقال المأمور بألف وصدق البائع المأمور فالقول قول المأمور مع يمينه قيل لا تحالف ههنا لأنه ارتفع الخلاف بتصديق البائع إذ هو حاضر وفي المسألة الأولى هو غائب فاعتبر الاختلاف وقيل يتحالفان كما ذكرنا وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع والبائع بعد استيفاء الثمن أجنبي عنهما وقبله أجنبي عن الموكل إذ لم يجر بينهما بيع فلا يصدق عليه فبقي الخلاف وهذا قول الإمام أبي منصور وهو أظهر

فصل في التوكيل بشراء نفس العبد

وإذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من المولى بألف ودفعها إليه فإن قال الرجل اشتريته لنفسه فباعه على هذا فهو حر والولاء للمولى لأن بيع نفس العبد منه إعتاق وشراء العبد نفسه قبول الإعتاق ببدل والمأمور سفير عنه إذ لا ترجع عليه الحقوق فصار كأنه اشترى بنفسه وإذا كان إعتاقا أعقب الولاء وإن لم يعين للمولى فهو عبد للمشتري لأن اللفظ حقيقة للمعاوضة وأمكن العمل بها إذا لم يبين فيحافظ عليها بخلاف شراء العبد نفسه لأن المجاز فيه متعين وإذا كان معاوضة يثبت الملك له والألف للمولى لأنه كسب عبده وعلى المشتري ألف مثله ثمنا للعبد فإنه في ذمته حيث لم يصح الأداء بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره حيث لا يشترط بيانه لأن العقدين هناك على نمط واحد وفي الحالين المطالبة تتوجه نحو العاقد أما ههنا أحدهما إعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل والمولى عساه لا يرضاه ويرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال لمولاه بعني نفسي لفلان بكذا ففعل فهو للآمر لأن العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لأنه أجنبي عن ماليته والبيع يرد عليه من حيث إنه

مال

وهو بيمينه وان كانت تساوي خمسمائة صح

مال إلا أن ماليته في يده حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع فإذا أضافه إلى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر وإن عقد لنفسه فهو حر لأنه إعتاق وقد رضي به المولى دون المعاوضة والعبد وإن كان وكيلا بشراء معين ولكنه أتى بجنس تصرف آخر وفي مثله ينفذ على الوكيل وكذا لو قال بعني نفسي ولم يقل لفلان فهو حر لأن المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه

فصل في البيع

قال والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز أن يعقد مع أبيه وجده ومن لا تقبل شهادته له عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة إلا من عبده أو مكاتبه لأن التوكيل مطلق ولا تهمة إذ الأملاك متباينة والمنافع منقطعة بخلاف العبد لأنه بيع من نفسه لأن ما في يد العبد للمولى وكذا للمولى حق في كسب المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز وله أن مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة ولأن المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه والإجارة والصرف على هذا الخلاف والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه ولا يجوز إلا بالدراهم والدنانير لأن مطلق الأمر يتقيد بالمتعارف لأن التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والجمد والأضحية بزمان الحاجة ولأن البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهبة من وجه وكذا المقايضة بيع من وجه شراء من وجه فلا يتناوله مطلق اسم البيع وله أن التوكيل بالبيع مطلق فيجري على إطلاقه في غير موضع التهمة والبيع بالغبن أو بالعين متعارف عند شدة الحاجة إلى الثمن والتبرم من العين والمسائل ممنوعة على قول أبي حنيفة رحمه الله على ما هو المروي عنه وأنه بيع من كل وجه حتى أن من حلف لا يبيع يحنث به غير أن الأب والوصي لا يملكانه مع أنه بيع لأن ولايتهما نظرية ولا نظر فيه والمقايضة شراء من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله لأن التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه فإذا لم يوافقه ألحقه بغيره على ما مر حتى لو كان وكيلا بشراء شيء بعينه قالوا ينفذ على الآمر لأنه لا يملك شراءه لنفسه وكذا الوكيل بالنكاح إذا زوجه امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عنده لأنه لا بد من الإضافة إلى الموكل في العقد فلا تتمكن هذه التهمة ولا كذلك الوكيل بالشراء لأنه يطلق العقد والذي لا يتغابن فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وقيل في العروض ده نيم وفي الحيوانات ده يازده وفي العقارات ده دوازده لأن التصرف يكثر وجوده في الأول ويقل في الأخير ويتوسط في الأوسط

وكثرة الغبن لقلة التصرف واذا وكله ببيع عبد فباع نصفه جاز عند ابي حنيفة رح لان اللفظ
مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع الا ترى انه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده فاذا باع الآخر

النصف به اولى وقالا لا يجوز لانه غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة الا ان يبيع النصف صح

قبل ان يختصما لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج
الى ان يفرق فاذا باع الباقي قبل نقض البيع الاول تبين انه وقع وسيلة واذا لم يبع ظهر انه
لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان عندهما وان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف
فان اشترى باقيه لزم الموكل لان شراء البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال بان كان موروثا
بين جماعة فيحتاج الى شرائه شقصا شقصا فاذا اشترى الباقي قبل رد الآمر البيع تبين انه وسيلة
فينفذ على الآمر وهذا بالاتفاق والفرق لابي حنيفة رح ان في الشراء تتحقق التهمة على ما مر وآخر
ان الامر في البيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه اطلاقه والامر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر
فيه التقييد والاطلاق ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن او لم يقبض فرده عليه المشتري
بعيب لا يحدث مثله بقضاء القاضي ببينة او باباء يمين او باقراره فانه يرده على الآمر لان القاضي
تيقن بحدوث العيب في يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج وتأويل اشتراطها
في الكتاب ان القاضي يعلم انه لا يحدث في مدة شهر لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فيحتاج الى هذه
الحجج لظهور التاريخ او كان عيبا لا يعرفه الا النساء او الاطباء وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة
لا في الرد فيفتقر اليها الرد حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج الى شيء منها وهو رد
على الموكل فلا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة وكذلك ان رده عليه بعيب يحدث مثله ببينة او باباء
يمين لان البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر في النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته
المبيع فلزم الآمر فان كان ذلك باقرار لزم المأمور لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر
اليه لامكانه السكوت والنكول الا ان له ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينة او بنكوله بخلاف
ما اذا كان بغير قضاء والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له ان يخاصم بائعه لانه بيع جديد
في حق ثالث والبائع ثالثهما والرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير ان الحجة قاصرة وهي
الاقرار فمن حيث الفسخ كان له ان يخاصم ومن حيث القصور لا يلزم الموكل الا بحجة ولو كان
العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء باقراره يلزم الموكل من غير خصومة في رواية لان الرد متعين
وفي عامة الروايات ليس له ان يخاصم لما ذكرنا والحق في وصف السلامة ثم ينتقل الى الرد ثم الى
الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد وقد بيناه في الكفالة باطول من هذا ومن قال لآخر امرتك ببيع

عبدي

عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور امرتني ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الآمر لان الامر يستفاد
من جهته ولا دلالة على الاطلاق وان اختلف في ذلك المضارب ورب المال فالقول قول المضارب
لان الاصل في المضاربة العموم الا ترى انه يملك التصرف بذكر لفظة المضاربة فقامت دلالة الاطلاق بخلاف
ما اذا ادعى رب المال في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لانه سقط
الاطلاق بتصادقهما فنزل الى الوكالة المحضة ثم مطلق الامر بالبيع ينتظمه نقدا ونسيئة الى اي اجل كان
عند ابي حنيفة رح وعندهما يتقيد باجل متعارف والوجه قد تقدم ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه واخذ
بالثمن رهنا فضاع في يده او اخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه لان الوكيل اصيل في الحقوق
وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما بخلاف الوكيل
بقبض الدين لانه يفعل نيابة وقد انابه في قبض الدين دون الكفالة واخذ الرهن والوكيل بالبيع
يقبض اصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه فصل واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما
ان يتصرف فيما وكلا به دون الآخر وهذا في تصرف يحتاج فيه الى الرأي كالبيع والخلع وغير
ذلك لان الموكل رضي برأيهما لا برأي احدهما والبدل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال
الرأي في الزيادة واختيار المشتري الا ان يوكلهما بالخصومة لان الاجتماع فيها متعذر للافضاء الى الشغب
في مجلس القضاء والرأي يحتاج اليه سابقا لتقويم الخصومة او بطلاق زوجته بغير عوض او بعتق
عبده بغير عوض او برد وديعة او قضاء دين عليه لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الرأي بل هو تعبير محض
وعبارة المثنى والواحد سواء وهذا بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما او قال امرها
بايديكما لانه تفويض الى رأيهما الا ترى انه تمليك مقتصر على المجلس ولانه علق الطلاق بفعلهما
فاعتبره بدخولهما وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به لانه فوض اليه التصرف دون التوكيل به
وهذا لانه رضي برأيه والناس متفاوتون في الآراء قال الا ان يأذن له الموكل
لوجود الرضا او يقول له اعمل برأيك لاطلاق التفويض الى رأيه واذا جاز في هذا الوجه يكون
الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الاول وقد مر
نظيره في ادب القاضي قال وان وكل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لان المقصود حضور رأي
الاول وقد حضر وتكلموا في حقوقه وان عقد في حال غيبته لم يجز لانه فات رأيه الا ان يبلغه فيجيزه
وكذا لو باع غير الوكيل فبلغه فاجازه لانه حضره رأيه ولو قدر الاول الثمن للثاني فعقد
بغيبته يجوز لان الرأي يحتاج اليه فيه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل وهذا بخلاف ما اذا وكل وكيلين

وقدر الثمن لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار
المشتري على ما بينا اما اذا لم يقدر الثمن وفوض الى الاول كان غرضه رأيه في معظم الامر وهو
التقدير في الثمن واذا زوج المكاتب او العبد او الذمي ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة او باع او اشترى
لها لم يجز معناه التصرف في مالها لان الرق والكفر يقطعان الولاية الا ترى ان المرقوق لا يملك انكاح
نفسه فكيف ينكح غيره وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه ولان هذه
ولاية نظرية فلا بد من التفويض الى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر
يقطع الشفقة على المسلم فلا تفوض اليهما قال ابو يوسف رح ومحمد رح المرتد اذا قتل على ردته
والحربي كذلك لان الحربي ابعد من الذمي فاولى بسلب الولاية واما المرتد فتصرفه في ماله وان كان نافذا
عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالاجماع لانها ولاية نظرية وذلك باتفاق الملة
وهي مترددة ثم تستقر جهة الانقطاع اذا قتل على ردته فتبطل وبالاسلام يجعل كانه لم يزل
كان مسلما فيصح

باب الوكالة بالخصومة والقبض

الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض خلافا لزفر رح
هو يقول رضي بخصومته والقبض غير الخصومة ولم يرض به ولنا ان من ملك شيئا ملك اتمامه
وتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض والفتوى اليوم على قول زفر رح لظهور الخيانة في الوكلاء وقد
يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ونظيره الوكيل بالتقاضي يملك القبض على اصل الرواية
لانه في معناه وضعا الا ان العرف بخلافه وهو قاض على الوضع والفتوى على ان لا يملك فان
كانا وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا معا لانه رضي بامانتهما لا بامانة احدهما واجتماعهما
ممكن بخلاف الخصومة على ما مر والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند ابي حنيفة رح
حتى لو اقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل او ابرائه تقبل عنده وقالا لا يكون خصما وهو
رواية الحسن عن ابي حنيفة لان القبض غير الخصومة وليس كل من يؤتمن على المال
يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضاء بالقبض رضى بها ولابي حنيفة رح انه وكله
بالتملك لان الديون تقضى بامثالها اذ قبض الدين نفسه لا يتصور الا انه جعل استيفاء
لعين حقه من وجه فاشبه الوكيل باخذ الشفعة والرجوع في الهبة والوكيل بالقسمة
والرد بالعيب وهذا اشبه باخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون
خصما قبل الاخذ هنالك والوكيل بالشراء لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء وهذا
لان المبادلة تقتضي حقوقا وهو اصيل فيها فيكون خصما فيها والوكيل بقبض العين

لا يكون

لا يكون وكيلا بالخصومة لانه امين محض والقبض ليس بمبادلة فاشبه الرسول حتى ان من وكل
وكيلا بقبض العبد فاقام الذي هو في يده البينة ان الموكل باعه اياه وقف الامر حتى يحضر
الغائب وهذا استحسان والقياس ان يدفع الى الوكيل لان البينة قامت لا على خصم فلم تعتبر وجه
الاستحسان انه خصم في قصر يده لقيامه مقام الموكل في القبض فتقصر يده حتى لو حضر البائع تعاد
البينة على البيع فصار كما اذا اقام البينة على ان الموكل عزله عن ذلك فانها تقبل في قصر يده
كذا هذا وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك ومعناه اذا اقامت المرأة البينة على
الطلاق والعبد والامة على العتاق على الوكيل بنقلهم تقبل في قصر يده حتى يحضر الغائب
استحسانا دون العتق والطلاق واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز اقراره
عليه ولا يجوز عند غير القاضي عند ابي حنيفة ومحمد رح استحسانا الا انه يخرج من الوكالة وقال ابو يوسف رح
يجوز اقراره عليه وان اقر في غير مجلس القضاء وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز في الوجهين وهو
قول ابي يوسف رح اولا وهو القياس لانه مأمور بالخصومة وهي منازعة والاقرار يضاده
لانه مسالمة والامر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الصلح والابراء ويصح اذا استثنى
الاقرار وكذلك لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة لجريان العادة بذلك ولهذا يختار فيها
الاهدى فالاهدى وجه الاستحسان ان التوكيل صحيح قطعا وصحته بتناوله ما يملكه قطعا
وذلك مطلق الجواب دون احدهما عينا وطريق المجاز موجود على ما نبينه ان شاء الله
فيصرف اليه تحريا للصحة قطعا ولو استثنى الاقرار فعن ابي يوسف رح انه لا يصح لانه لا يملكه
وعن محمد رح انه يصح لان التنصيص زيادة دلالة على ملكه اياه وعند الاطلاق يحمل
على الاول وعنه انه فصل بين الطالب والمطلوب ولم يصححه في الثاني لكونه مجبورا
عليه ويخير الطالب فيه فبعد ذلك يقول ابو يوسف رح ان الوكيل قائم مقام الموكل واقراره
لا يختص بمجلس القضاء فكذا اقرار نائبه وهما يقولان ان التوكيل يتناول جوابا يسمى
خصومة حقيقة او مجازا والاقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا اما لانه خرج في مقابلة
الخصومة او لانه سبب له لان الظاهر اتيانه بالمستحق عند طلب المستحق وهو الجواب في مجلس
القضاء فيختص به لكن اذا اقيمت البينة على اقراره في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة حتى لا يؤمر
بدفع المال اليه لانه صار مناقضا فصار كالاب او الوصي اذا اقر في مجلس القضاء لا يصح
ولا يدفع المال اليه ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه من الغريم لم يكن وكيلا

في ذلك ابدا لان الوكيل من يعمل لغيره ولو صححناه صار عاملا لنفسه في ابراء ذمته فانعدم
الركن ولان قبول قوله ملازم للوكالة لكونه امينا ولو صححناها لا يقبل لكونه مبرئا نفسه
فتنعدم الوكالة بانعدام لازمه وهو نظير عبد مديون اعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للغرماء ويطالب
العبد بجميع الدين ولو وكله الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلا لما بينا ومن ادعى
انه وكيل الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم امر بتسليم الدين اليه لانه اقرار على نفسه لان
ما يقبضه خالص ماله فان حضر الغائب فصدقه والا دفع الغريم اليه الدين ثانيا لانه لم يثبت الاستيفاء
حيث انكر الوكالة والقول في ذلك قوله مع يمينه فيفسد الاداء ويرجع به على الوكيل ان
كان باقيا في يده لان غرضه من الدفع براءة ذمته ولم تحصل فله ان ينقض قبضه وان كان
ضاع في يده لم يرجع عليه لانه بتصديقه اعترف انه محق في القبض وهو مظلوم في هذا الاخذ والمظلوم
لا يظلم غيره قال الا ان يكون ضمنه عند الدفع لان المأخوذ ثانيا مضمون عليه في زعمهما وهذه
الكفالة اضيفت الى حالة القبض فيصح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان ولو كان الغريم لم يصدقه
على الوكالة ودفعه اليه على ادعائه فان رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لانه لم يصدقه
في الوكالة وانما دفع اليه على رجاء الاجازة فاذا انقطع رجاؤه رجع عليه وكذا اذا دفعه اليه
على تكذيبه اياه في الوكالة وهذا اظهر لما قلنا وفي الوجوه كلها ليس له ان يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب
لان المؤدى صار حقا للغائب اما ظاهرا او محتملا فصار كما اذا دفعه الى فضولي على رجاء الاجازة
لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة ولان من باشر التصرف لغرض ليس له ان ينقضه ما لم يقع
اليأس عن غرضه ومن قال اني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه لانه اقرار
بمال الغير بخلاف الدين ولو ادعى انه مات ابوه وترك الوديعة ميراثا له لا وارث له غيره
وصدقه المودع امر بالدفع اليه لانه لا يبقى ماله بعد موته فقد اتفقا على انه مال الوارث ولو ادعى
انه اشترى الوديعة من صاحبها وصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه ما دام حيا كان اقرارا
بملك الغير لانه من اهله فلا يصدق في دعوى البيع عليه وان وكل وكيلا بقبض ماله فادعى
الغريم ان صاحب المال قد استوفاه فانه يدفع المال لان الوكالة قد ثبتت والاستيفاء
لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق ويتبع رب المال فيستحلفه رعاية لجانبه ولا يستحلف الوكيل لانه نائب وان
وكله بعيب في جارية فادعى البائع رضاء المشتري لم يرد عليه حتى يحلف المشتري بخلاف مسألة الدين
لان التدارك ممكن هنالك باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطأ عند نكوله وههنا غير ممكن لان

القضاء

القضاء بالفسخ ماض على الصحة وان ظهر الخطأ عند ابي حنيفة كما هو مذهبه ولا يستحلف المشتري عنده
بعد ذلك لانه لا يفيد فاما عندهما قالوا يجب ان يتحد الجواب على هذا في الفصلين ولا يؤخر لان التدارك
ممكن عندهما لبطلان القضاء وقيل الاصح عند ابي يوسف انه يؤخر في الفصلين لانه يعتبر النظر حتى
يستحلف المشتري لو كان حاضرا من غير دعوى البائع فينتظر للنظر ومن دفع الى رجل عشرة دراهم ينفقها على
اهله فانفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ما ذكرناه
وقد قررناه فهذا كذلك وقيل هذا استحسان وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا وقيل القياس والاستحسان في قضاء
الدين لانه ليس بشراء فاما الانفاق يتضمن الشراء فلا يدخلانه باب عزل الوكيل وللموكل ان يعزل الوكيل
عن الوكالة لان الوكالة حقه الا اذا تعلق به حق الغير بان كان وكيلا بالخصومة بطلب من جهة الطالب لما فيه من
ابطال حق الغير وصار كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز
حتى يعلم لان في العزل اضرارا به من حيث ابطال ولايته او من حيث رجوع الحقوق اليه فينقد من مال الموكل
ويسلم المبيع فيضمنه فيتضرر به ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الاول وقد ذكرنا اشتراط العدد والعدالة
في المخبر فلا نعيده وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا لان التوكيل
تصرف غير لازم فيكون لدوامه حكم ابتدائه فلا بد من قيام الامر وقد بطل بهذه العوارض وشرط ان يكون الجنون
مطبقا لان قليله بمنزلة الاغماء وحد المطبق شهر عند ابي يوسف اعتبارا بما يسقط به الصوم
وعنه اكثر من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت وقال محمد حول كامل لانه يسقط
به جميع العبادات فقدر به احتياطا قالوا الحكم المذكور في اللحاق قول ابي حنيفة لان تصرفات
المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته فان اسلم نفذ وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت الوكالة
واما عندهما تصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه وقد مر
في السير وان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت او تلحق بدار الحرب
لان ردتها لا تؤثر في عقودها على ما عرف واذا وكل المكاتب ثم عجز او المأذون له ثم حجر عليه
او الشريكان فافترقا فهذه الوجوه تبطل الوكالة على الوكيل علم او لم يعلم لما ذكرنا ان بقاء الوكالة
يعتمد قيام الامر وقد بطل بالحجر والعجز والافتراق ولا فرق بين العلم وعدمه لان هذا عزل حكمي فلا يتوقف
على العلم كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل واذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة
لانه لا يصح امره بعد جنونه وموته وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف الا ان يعود مسلما قال
وهذا عند محمد فاما عند ابي يوسف لا تعود الوكالة لمحمد ان الوكالة اطلاق لانه رفع المانع اما
الوكيل يتصرف بمعان قائمة به وانما عجز بعارض اللحاق لتباين الدارين فاذا زال العجز والاطلاق باق

عاد وكيلا ولابي يوسف رحمه الله انه اثبات ولاية التنفيذ لان ولاية اصل التصرف باهليته وولاية التنفيذ
بالملك وباللحوق بالحق بالاموات وبطلت الولاية فلا يعود كملكه في ام الولد والمدبر ولو عاد الموكل
مسلما وقد لحق بدار الحرب مرتدا لا تعود الوكالة في الظاهر وعن محمد رحمه الله انها تعود كما قال في الوكيل
والفرق له على الظاهر ان مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل
باللحاق ومن وكل آخر بشيء ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة وهذا اللفظ ينتظم وجوها مثل ان يوكله
باعتاق عبده او بكتابته فاعتقه او كاتبه الموكل بنفسه او يوكله بتزويج امرأة او بشراء شيء ففعله بنفسه
او يوكله بطلاق فطلقها الزوج ثلثا او واحدة وانقضت عدتها او بالخلع فخالعها بنفسه لانه
لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة حتى لو تزوجها بنفسه وابانها لم يكن
للوكيل ان يزوجها منه لان الحاجة قد انقضت بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل وابانها له ان يزوجها
الموكل لبقاء الحاجة وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه فلو رد عليه بعيب بقضاء قاض
فعن ابي يوسف رحمه الله انه ليس للوكيل ان يبيعه لان بيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل
وقال محمد رحمه الله له ان يبيعه مرة اخرى لان الوكالة باقية لانه اطلاق والعجز قد زال بخلاف
ما اذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل ان يهب لانه مختار في الرجوع فكان
دليل عدم الحاجة اما الرد بقضاء فبغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فاذا عاد
اليه قديم ملكه كان له ان يبيعه والله اعلم

كتاب الدعوى

قال المدعي من لا يجبر على الخصومة
اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة ومعرفة الفرق بينهما من اهم ما تبتنى عليه مسائل الدعوى
وقد اختلفت عبارات المشايخ فيه فمنها ما قال في الكتاب وهو حد عام صحيح وقيل المدعي من لا يستحق
الا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذي اليد وقيل المدعي من يتمسك بغير الظاهر
والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر وقال محمد رحمه الله في الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لكن الشأن
في معرفته والترجيح بالفقه عند الحذاق من اصحابنا لان الاعتبار للمعاني دون الصور فان المودع
اذا قال رددت الوديعة فالقول له مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة لانه ينكر الضمان ولا تقبل
الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره لان فائدة الدعوى الالزام بواسطة اقامة الحجة
والالزام في المجهول لا يتحقق فان كان عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها ليشير اليها بالدعوى
وكذا في الشهادة والاستحلاف والاعلام باقصى ما يمكن شرط وذلك بالاشارة في المنقول لان
النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور وعلى هذا القضاة من آخرهم الى
عصرنا ووجوب الجواب اذا حضر ليفيد حضوره ولزوم احضار العين المدعاة لما قلنا واليمين اذا انكره

وسنذكره

وسنذكره ان شاء الله تعالى وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما لان العين
لا تعرف بالوصف والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين وقال الفقيه ابو الليث يشترط
مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة وان ادعى عقارا حدده وذكر انه في يد المدعى عليه
وانه يطالبه به لانه تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل فيصار الى التحديد فان العقار يعرف به
ويذكر الحدود الاربعة ويذكر اسماء اصحاب الحدود وانسابهم ولا بد من ذكر الجد لان تمام التعريف به
عند ابي حنيفة رحمه الله على ما عرف وهو الصحيح ولو كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره فان ذكر ثلثة من الحدود
يكتفى به عندنا خلافا لزفر رحمه الله لوجود الاكثر بخلاف ما اذا غلط في الرابعة لانه يختلف به المدعى
ولا كذلك بتركها وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة وقوله في الكتاب وذكر انه
في يد المدعى عليه لا بد منه لانه انما ينتصب خصما اذا كان في يده وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعي
وتصديق المدعى عليه انه في يده بل لا تثبت اليد فيه الا بالبينة او علم القاضي هو الصحيح نفيا
لتهمة المواضعة اذ العقار عساه في يد غيرهما بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة وقوله وانه
يطالبه به لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه ولانه يحتمل ان يكون مرهونا في يده او محبوسا بالثمن في يده
وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال وعن هذا قالوا في المنقول يجب ان يقول في يده بغير حق وان كان حقا
في الذمة ذكر انه يطالبه به لما قلنا وهذا لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لا بد
من تعريفه بالوصف لانه يعرف به واذا صحت الدعوى سأل المدعى عليه عنها لينكشف له وجه الحكم فان
اعترف قضى عليه بها لان الاقرار موجب بنفسه فيأمره بالخروج عنه وان انكر سأل المدعي البينة
لقوله عليه السلام الك بينة فقال لا فقال لك يمينه سأل ورتب اليمين على فقد البينة فلا بد من السؤال
ليمكنه الاستحلاف فان احضرها قضى بها لانتفاء التهمة عنها وان عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه
استحلفه عليها لما روينا ولا بد من طلبه لان اليمين حقه الا ترى كيف اضيف اليه بحرف اللام
اليمين واذا قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند ابي حنيفة رحمه الله معناه حاضرة في المصر
وعند ابي يوسف رحمه الله يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف فاذا طالبه به يجيبه ولابي حنيفة رحمه الله
ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة لما روينا فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة
حاضرة في المجلس ومحمد مع ابي يوسف رحمه الله فيما ذكره الخصاف ومع ابي حنيفة رحمه الله فيما ذكره الطحاوي ولا ترد اليمين
على المدعي لقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر قسم والقسمة تنافي الشركة وجعل جنس الايمان
على المنكرين وليس وراء الجنس شيء وفيه خلاف الشافعي رحمه الله قال ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق

وبينة الخارج اولى وقال الشافعي رح يقضى ببينة ذي اليد لاعتضادها باليد فيتقوى الظهور
وصار كالنتاج والنكاح ودعوى الملك مع الاعتاق او الاستيلاد او التدبير ولنا ان بينة
الخارج اكثر اثباتا او اظهارا لان قدر ما اثبته اليد لا تثبته بينة ذي اليد اذ اليد دليل
مطلق الملك بخلاف النتاج لان اليد لا تدل عليه وكذا على الاعتاق واختيه وكذا على الولاء
الثابت بها واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضي عليه بالنكول والزمه ما ادعي عليه وقال
الشافعي رحمه الله لا يقضى به بل ترد اليمين على المدعي فاذا حلف يقضى به لان النكول يحتمل التورع
عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة واشتباه الحال فلا ينتصب حجة مع الاحتمال
ويمين المدعي دليل الظهور اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب ولا وجه لرد
اليمين لما قدمناه وينبغي للقاضي ان يقول له اني اعرض عليك اليمين ثلثا فان حلفت
والا قضيت عليك بما ادعاه وهذا الانذار لاعلامه بالحكم اذ هو موضع الخفاء قال فاذا
كرر العرض عليه ثلث مرات قضى عليه بالنكول وهذا التكرار ذكره الخصاف لزيادة
الاحتياط والمبالغة في ابلاء العذر فاما المذهب انه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة
جاز لما قلنا هو الصحيح والاول اولى ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا احلف وقد يكون
حكميا بان يسكت وحكمه حكم الاول اذا علم انه لا آفة به من طرش او خرس هو الصحيح
قال وان كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر عند ابي حنيفة رح ولا يستحلف عنده
في النكاح والرجعة والفيء في الايلاء والرق والاستيلاد والنسب والولاء والحدود
واللعان وقالا يستحلف في ذلك كله الا في الحدود واللعان وصورة الاستيلاد ان تقول
الجارية انا ام ولد لمولاي وهذا ابني منه وانكر المولى وصورة الاستيلاد ان تقول الجارية
لانه لو ادعى المولى ثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها لهما ان النكول اقرار
لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار على ما قدمناه فكان اقرارا او بدلا عنه والاقرار يجري في هذه
الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة والحدود تندرئ بالشبهات واللعان في معنى الحد ولابي حنيفة
انه بذل لان معه لا تبقى اليمين واجبة لحصول المقصود وانزاله باذلا اولى كيلا يصير كاذبا
في الانكار والبذل لا يجري في هذه الاشياء وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف
الا ان هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة وصحته
في الدين بناء على زعم المدعي وهو يقبضه حقا لنفسه والبذل ههنا معناه ترك المنع

ولنا ان النكول دل على كونه باذلا او مقرا اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين صح

ويستحلف

ويستحلف السارق فان نكل ضمن ولم يقطع لان المنوط بفعله شيئان الضمان ويعمل فيه النكول والقطع
ولا يثبت به فصار كما اذا شهد عليها رجل وامراتان واذا ادعت المراة طلاقا قبل الدخول
استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لا سيما اذا كان المقصود
هو المال وكذا في النكاح اذا ادعت هي الصداق لان ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله
ولا يثبت النكاح وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث والحجر في اللقيط والنفقة وامتناع الرجوع
في الهبة لان المقصود هذه الحقوق وانما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره
كالاب والابن في حق الرجل والاب في حق المراة لان في دعواها الابن تحميل النسب على الغير والمولى والزوج
في حقهما ومن ادعى قصاصا على غيره فجحده استحلف بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص
وان نكل في النفس حبس حتى يحلف او يقر وهذا عند ابي حنيفة رح فلا يثبت به القصاص ويجب به المال
خصوصا اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه كما اذا اقر بالخطاء والولي يدعي
العمد ولابي حنيفة رح ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فيجري فيها البذل بخلاف الانفس
فانه لو قال اقطع يدي فقطعها لا يجب الضمان وهذا اعمال للبذل الا انه لا يباح لعدم الفائدة
وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للآكلة وقلع السن للوجع واذا امتنع
القصاص في النفس واليمين حق مستحق يحبس به كما في القسامة قال واذا قال المدعي
لي بينة حاضرة قيل لخصمه اعطه كفيلا بنفسك ثلثة ايام كيلا يغيب نفسه فيضيع حقه والكفالة
بالنفس جائزة عندنا وقد مر من قبل واخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا لان فيه
نظرا للمدعي وليس فيه ضرر كثير بالمدعى عليه وهذا لان الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى
يعدى عليه ويحال بينه وبين اشغاله فيصح التكفيل باحضاره والتقدير بثلثة ايام مروي عن
ابي حنيفة رح وهو الصحيح ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير
ثم لا بد من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر حتى لو قال المدعي لا بينة لي او شهودي
غيب لا يكفل لعدم الفائدة قال فان فعل والا امر بملازمته كيلا يذهب حقه الا ان يكون
غريبا فيلازم مقدار مجلس القاضي وكذا لا يكفل الا الى آخر المجلس فالاستثناء منصرف اليهما لان في
اخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك اضرارا به بمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا المقدار
ظاهرا وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى فصل في كيفية اليمين والاستحلاف
واليمين بالله تعالى دون غيره لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر

وقالا لزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما صح

ويؤكد بذكر اوصافه وهو التغليظ وذلك مثل قوله والله الحق الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة
الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه
وهو كذا وكذا ولا شيء منه وله ان يزيد في التغليظ على هذا وله ان ينقص عنه الا انه يحتاط كيلا
يتكرر عليه اليمين لان المستحق يمين واحدة وان شاء القاضي لم يغلظ فيقول قل بالله او والله
وقيل لا تغلظ على المعروف بالصلاح وتغلظ على غيره وقيل تغلظ في الخطير من المال دون الحقير
ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق لما روينا وقيل في زماننا اذا الح الخصم ساغ للقاضي ان يحلف بذلك
لقلة المبالاة باليمين بالله ويستحلف اليهودي بالله الذي انزل التوراة على موسى والنصراني بالله الذي
انزل الانجيل على عيسى عليه السلام لقوله عليه السلام لابن صوريا الاعور انشدك بالله الذي انزل التوراة على موسى
ان حكم الزنا في كتابكم هذا ولان اليهود يعتقد نبوة موسى والنصارى نبوة عيسى عليه السلام فيغلظ
على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه ويحلف المجوسي بالله الذي خلق النار وهكذا ذكر محمد في الاصل
ويروى عن ابي حنيفة رح انه لا يستحلف احد الا بالله خالصا وذكر الخصاف انه لا يستحلف غير اليهودي
والنصراني الا بالله وهو اختيار بعض مشايخنا لان ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها وما ينبغي
ان تعظم بخلاف الكتابين لان كتب الله معظمة والوثني لا يستحلف الا بالله لان الكفرة باسرهم
يعتقدون الله قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلقهم ليقولن الله ولا يحلفون في بيوت عبادتهم لان
القاضي لا يحضرها بل هو ممنوع عن ذلك ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لان المقصود
تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي ايجاب ذلك حرج على القاضي حيث يكلف حضورها
وهو مدفوع ومن ادعى انه ابتاع من هذا عبده بالف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه ولا
يستحلف بالله ما بعت لانه قد يباع العين ثم يقال فيه ويستحلف في الغصب بالله ما يستحق
عليك رده ولا يحلف بالله ما غصبت لانه قد يغصب ثم يفسخ بالهبة والبيع وفي النكاح
بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال لانه قد يطرأ عليه الخلع وفي دعوى الطلاق بالله ما هي بائن منك الساعة
بما ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقها لان النكاح قد يجدد بعد الابانة فيحلف على الحاصل في هذه
الوجوه لانه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه وهذا قول ابي حنيفة رح ومحمد رح اما على قول ابي يوسف
يحلف في جميع ذلك على السبب الا اذا عرض بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل وقيل ينظر الى انكار
المدعى عليه ان انكر السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل والحاصل هو الاصل عندهما اذا
كان سببا يرتفع برافع الا اذا كان فيه ترك النظر في جانب المدعي بان ادعى شفعة بالجوار

والمشتري

والمشتري لا يراها لانه لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي
وان كان سببا لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالاجماع كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على
مولاه بخلاف الامة والعبد الكافر لانه يتكرر الرق عليها بالردة واللحاق وعليه بنقض العهد ولا
يتكرر على العبد المسلم ومن ورث عبدا فادعاه آخر استحلف على علمه لانه لا علم له بما صنع المورث
فلا يحلف على البتات وان وهب له او اشتراه يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين اذ الشراء
سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة ومن ادعى على آخر مالا فافتدى يمينه او صالحه منها
على عشرة فهو جائز وهو ماثور عن عثمان رضي الله عنه وليس له ان يستحلفه على تلك اليمين ابدا
لانه اسقط حقه والله اعلم باب التحالف واذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى احدهما
ثمنا وادعى البائع اكثر منه او اعترف البائع بقدر من المبيع وادعى المشتري اكثر منه فاقام احدهما
البينة قضي له بها لان في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها وان اقام كل واحد
منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة اولى لان البينات للاثبات ولا تعارض في الزيادة
ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا فبينة البائع اولى في الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع
نظرا الى زيادة الاثبات وان لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري اما ان ترضى
بالثمن الذي ادعاه البائع والا فسخنا البيع وقيل للبائع اما ان تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع والا فسخنا البيع
لان المقصود قطع المنازعة وهذا جهة فيه لانه ربما لا يرضيان بالفسخ فاذا علما به
يتراضيان فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر وهذا التحالف
قبل القبض على وفاق القياس لان البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكره والمشتري يدعي
وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره وكل منهما منكر فيحلف فاما بعد القبض فمخالف
للقياس لان المشتري لا يدعي شيئا لان المبيع سالم له بقي دعوى البائع في زيادة الثمن
والمشتري ينكره فيكتفى بحلفه لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان
والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا ويبتدئ بيمين المشتري وهذا قول محمد وابي يوسف آخرا وهو
رواية عن ابي حنيفة رح وهو الصحيح لان المشتري اشدهما انكارا لانه يطالب اولا بالثمن
ولانه يتعجل فائدة النكول وهو الزام الثمن ولو بدئ بيمين البائع تتأخر المطالبة بتسليم المبيع الى زمان
استيفاء الثمن وكان ابو يوسف رح يقول اولا يبدأ بيمين البائع لقوله عليه السلام اذا اختلف
المتبايعان فالقول ما قاله البائع خصه بالذكر واقل فائدته التقديم وان كان بيع عين بعين او

او بثمن يبتدئ القاضي بايهما شاء لاستوائهما وصفة اليمين ان يحلف البائع بالله ما باعه
بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين وقال في الزيادات يحلف البائع بالله ما باعه
بالف ولقد باعه بالفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف يضم الاثبات
الى النفي تاكيدا والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان على ذلك وضعت دل عليه حديث القسامة
بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا قال فان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما وهذا يدل على انه لا ينفسخ بنفس
التحالف لانه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيعا بثمن مجهول فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة
او يقال اذا لم يثبت البدل يبقى بيعا بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في فاسد البيع وان نكل
احدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لانه جعل باذلا فلم يبق دعواه معارضا لدعوى الآخر فلزم القول
بثبوته وان اختلفا في الاجل او في شرط الخيار او في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما لان هذا
اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به فاشبه الاختلاف في الحط والابراء وهذا لان بانعدامه لا يختل
ما به قوام العقد بخلاف الاختلاف في وصف الثمن وجنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في
جريان التحالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن فان الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك
الاجل لانه ليس بوصف الا يرى ان الثمن موجود بعد مضيه قال فالقول قول من ينكر الخيار
والاجل مع يمينه لانهما يثبتان بعارض الشرط والقول لمنكر العوارض فان هلك المبيع ثم اختلفا
لم يتحالفا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح والقول قول المشتري وقال محمد يتحالفان ويفسخ البيع
على قيمة الهالك
وهو قول الشافعي رح وعلى هذا اذا خرج المبيع عن ملكه او صار بحال لا يقدر على رده
بالعيب لهما ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره وانه يفيد
دفع زيادة الثمن فيتحالفان كما اذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة ولابي
حنيفة وابي يوسف رح ان التحالف بعد القبض على خلاف القياس لانه سلم للمشتري
ما يدعيه وقد ورد الشرع به في حال قيام السلعة والتحالف فيه يفضي الى الفسخ ولا كذلك
بعد هلاكها لارتفاع العقد فلم يكن في معناه ولانه لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول
المقصود وانما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته
وهذا اذا كان الثمن دينا فان كان عينا يتحالفان لان المبيع في احد الجانبين قائم فتتوفر
فائدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك ان كان له مثل او قيمته ان لم يكن له مثل قال وان هلك احد
العبدين ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند ابي حنيفة رح الا ان يرضى البائع ان يترك حصة

الهالك

الهالك وفي الجامع الصغير القول قول المشتري مع يمينه عند ابي حنيفة رح الا ان يشاء البائع ان ياخذ
الحي ولا شيء له وقال ابو يوسف يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي والقول قول المشتري في قيمة الهالك
وقال محمد يتحالفان عليهما ويفسخ العقد فيهما ويرد الحي وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف
عنده فهلاك البعض اولى ولابي يوسف رح ان امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره ولابي حنيفة رح
ان التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهي اسم لجميع اجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها
ولانه لا يمكن التحالف في القائم الا على اعتبار حصته من الثمن فلا بد من القسمة على القيمة وهي تعرف بالحزر
والظن فيؤدي الى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز الا ان يرضى ان يترك حصة الهالك اصلا لانه حينئذ
يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان هذا تخريج بعض المشايخ ويصرف الاستثناء
عندهم الى التحالف كما ذكرنا وقالوا ان المراد من قوله في الجامع الصغير ياخذ الحي ولا شيء له معناه لا ياخذ
لا ياخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا وقال بعض المشايخ ياخذ من ثمن الهالك بقدر ما اقر به المشتري وانما
لا ياخذ الزيادة وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء الى يمين المشتري لا الى التحالف لانه
لما اخذ البائع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري ثم تفسير التحالف على قول محمد ما بيناه في القائم
واذا حلفا ولم يتفقا على شيء فادعى احدهما الفسخ او كلاهما يفسخ العقد بينهما ويامر القاضي المشتري
برد الباقي وقيمة الهالك واختلفوا في تفسيره على قول ابي يوسف والصحيح ان يحلف المشتري بالله
ما اشتريتهما بما يدعيه البائع فان نكل لزمه دعوى البائع وان حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما
بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى المشتري وان حلف يفسخان العقد في القائم
ويسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك وتعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض
وان اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول للبائع وايهما اقام البينة تقبل بينته وان
اقاماها فبينة البائع اولى وهذا قياس ما ذكر في بيوع الاصل اشترى عبدين وقبضهما
ثم رد احدهما بالعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده
وينقسم الثمن على قيمتهما فان اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البائع لان الثمن قد وجب باتفاقهما
ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره والقول للمنكر وان
اقاما البينة فبينة البائع اولى لانها اكثر اثباتا ظاهرا لاثباتها الزيادة في قيمة الهالك وهذا
الفقه وهو ان في الايمان تعتبر الحقيقة لانها تتوجه على احد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال
فبني الامر عليها والبائع منكر حقيقة فلهذا كان القول قوله وفي البينات يعتبر الظاهر لان الشاهدين

لا يعلمان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر في حقهما والبائع مدع ظاهرا فلهذا تقبل بينته ايضا وترجح بالزيادة
الظاهرة على ما مر وهذا يبين لك معنى ما ذكرناه في قول ابي يوسف رحمه الله ومن اشترى جارية وقبضها ثم
تقايلا ثم اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول ونحن ما اثبتنا التحالف فيه بالنص لانه
ورد في البيع المطلق والاقالة فسخ في حق المتعاقدين وانما اثبتناه بالقياس لان المسئلة مفروضة قبل القبض
والقياس يوافقه على ما مر ولهذا نقيس الاجارة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة على
العين فيما اذا استهلكه غير المشتري ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة فلا تحالف عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله خلافا لمحمد لانه ورد النص معلولا بعد القبض ايضا ومن اسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا
ثم اختلفا في الثمن فالقول قول المسلم اليه ولا يعود السلم بخلاف الاقالة في البيع الا ترى ان رأس
مال السلم لو كان عرضا فرده بالعيب فهلك قبل التسليم الى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك في بيع العين
يعود البيع دل على الفرق بينهما واذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج انه تزوجها بالف
وقالت تزوجتني بالفين فايهما اقام البينة تقبل بينته لانه نور دعواه بالحجة وان اقاما البينة
فالبينة بينة المرأة لانها تثبت الزيادة معناه اذا كان مهر مثلها اقل مما ادعته وان لم يكن
لهما بينة تحالفا عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يفسخ النكاح لان اثر التحالف في انعدام التسمية وانه لا يخل
بصحة النكاح لان المهر تابع بخلاف البيع لان عدم التسمية يفسده على ما مر فيفسخ ولكن يحكم
مهر المثل فان كان مثل ما اعترف به الزوج او اقل قضى بما قال الزوج لان الظاهر شاهد له
وان كان مثل ما ادعته المرأة او اكثر قضى بما ادعت المرأة بشهادة الظاهر وان كان
مهر المثل اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما ادعت المرأة قضي لها بمهر المثل لانهما لما تحالفا لم تثبت
الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه قال رحمه الله ذكر التحالف اولا ثم التحكيم وهذا قول الكرخي
لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف فلهذا يقدم في الوجوه
كلها ويبدأ بيمين الزوج عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعجيلا لفائدة النكول كما في المشتري وتخريج الرازي
بخلافه وقد استقصيناه في النكاح وذكرنا خلاف ابي يوسف رحمه الله فلا نعيده ولو ادعى الزوج النكاح
على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة الا ان قيمة الجارية
اذا كانت مثل مهر المثل تكون لها قيمتها دون عينها لان تملكها لا يكون الا بالتراضي
ولم يوجد فوجبت القيمة وان اختلفا في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا
وترادا معناه اختلفا في البدل او المبدل لان التحالف في البيع قبل القبض على وفاق

لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل النقض لانه اسقاط فلا يعود السلم

مسئلة مهمة

القياس

القياس على ما مر والاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وكلامنا قبل استيفاء
المنفعة فان وقع الاختلاف في الاجرة يبدأ بيمين المستأجر لانه منكر لوجوب الاجرة وان وقع
في المنفعة يبدأ بيمين المؤجر وايهما نكل لزمه دعوى صاحبه وايهما اقام البينة قبلت بينته
ولو اقاما فبينة المؤجر اولى ان كان الاختلاف في الاجرة وان كان في المنافع فبينة المستأجر
وان كان فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل نحو ان يدعي هذا شهرا بعشرة والمستأجر
شهرين بخمسة يقضى بشهرين بعشرة وان اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا وكان القول قول المستأجر
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما وكذا على اصل
محمد رحمه الله لان الهلاك انما لا يمنع التحالف عنده في المبيع لما ان له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها
ولو جرى التحالف هنا وفسخ العقد فلا قيمة لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين انه
انه لا عقد واذا امتنع فالقول للمستأجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه وان اختلفا بعد استيفاء بعض
المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول في الماضي قول المستأجر لان العقد ينعقد ساعة
فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كانه ابتدأ العقد عليها بخلاف البيع لان العقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر
في البعض تعذر في الكل واذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي رحمه الله لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فاشبه البيع والجامع ان المولى
يدعي بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند اداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره
فيتحالفان كما اذا اختلفا في الثمن ولابي حنيفة رحمه الله ان البدل مقابل بفك الحجر في حق اليد والتصرف
للحال وهو سالم للعبد وانما ينقلب مقابلا للعتق عند الاداء فقبله لا مقابلة فبقي اختلافا في
قدر البدل لا غير فلا يتحالفان واذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو
للرجل كالعمامة لان الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية لشهادة الظاهر
لها وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل لان المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعاوى
لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لانه يعارضه ظاهر اقوى منه ولا فرق بين ما اذا كان الاختلاف
في حال قيام النكاح او بعد ما وقعت الفرقة فان مات احدهما واختلف ورثته مع الآخر
فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما لان اليد للحي دون الميت وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة
وقال ابو يوسف يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه لان الظاهر ان المرأة تأتي بالجهاز
وهذا اقوى فيبطل به ظاهر الزوج ثم في الباقي لا معارض لظاهره فيعتبر والطلاق والموت سواء

لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد رح ما كان للرجال وما كان للنساء فهو للمرأة وما كان لهما فهو للرجل
او لورثته لما قلنا لابي حنيفة رح والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث وان كان احدهما
مملوكا فالمتاع للحر في حال الحيوة لان يد الحر اقوى وللحي بعد الممات لانه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض
وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما يدا معتبرة
في الخصومات فصل فيمن لا يكون خصما وان قال المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه فلان الغائب
او رهنه عندي او غصبته منه واقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعي وكذا اذا قال
آجرنيه واقام البينة لانه اثبت ببينة ان يده ليست بيد خصومة وقال ابن شبرمة لا تندفع
لانه تعذر اثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه قلنا مقتضى البينة شيئان
ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت ودفع خصومة المدعي وهو خصم فيه فيثبت وهو
كالوكيل بنقل المرأة واقامة البينة على الطلاق كما بيناه من قبل ولا تندفع الخصومة بدون اقامة
البينة كما قال ابن ابي ليلى لانه صار خصما بظاهر يده فهو باقراره يريد ان يحول حقا مستحقا
على نفسه فلا يصدق الا بحجة كما اذا ادعى تحول الدين من ذمته الى ذمة غيره وقال ابو يوسف اذا
ان كان الرجل صالحا فالجواب كما قلناه وان كان معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة لان
المحتال من الناس قد يدفع ماله الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود فيحتال لابطال
حق غيره فاذا اتهمه القاضي به لا يقبله ولو قال الشهود اودعه رجل لا نعرفه لا تندفع الخصومة لاحتمال
ان يكون المودع هو هذا المدعي ولانه ما احاله الى معين يمكن المدعي اتباعه فلو اندفعت لتضرر
به المدعي ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذلك الجواب عند محمد للوجه الثاني
وعند ابي حنيفة رح تندفع لانه اثبت ببينة ان العين وصل اليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه
بخلاف الفصل الاول فلم يكن يده يد خصومة وهو الخصومة المقصود والمدعي هو الذي اضر بنفسه حيث
نسي خصمه او اضر به شهوده وهذه المسألة مخمسة كتاب الدعوى وذكرنا الاقوال الخمسة وان قال
ابتعته من الغائب فهو خصم لانه لما زعم ان يده يد ملك اعترف بكونه خصما وان قال المدعي غصبته مني او سرقته
مني لا تندفع الخصومة وان اقام ذو اليد البينة على الوديعة لانه انما صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده
بخلاف دعوى الملك المطلق لانه خصم فيه باعتبار يده حتى لا يصح دعواه على غير ذي اليد ويصح دعوى الفعل
وان قال المدعي سرق مني وقال صاحب اليد اودعنيه فلان واقام البينة لم تندفع الخصومة وهذا قول
ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وهو استحسان وقال محمد تندفع الخصومة لانه لم يدع الفعل عليه فصار كما اذا قال غصب

مسألة مخمسة

منه

مني على ما لم يسم فاعله ولهما ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة والظاهر انه هو الذي في يده الا انه
لم يعينه درءا للحد شفقة عليه واقامة لحسبة الستر فصار كما اذا قال سرقت بخلاف الغصب لانه لا حد فيه فلا
يحترز عن كشفه وان قال المدعي ابتعته من فلان وقال صاحب اليد اودعنيه فلان ذلك سقطت الخصومة بغير
بينة لانهما توافقا على ان اصل الملك فيه لغيره فيكون وصولها الى يد ذي اليد من جهته فلم يكن يده
يد خصومة الا ان يقيم البينة ان فلانا وكله بقبضه لانه اثبت ببينته كونه احق بامساكها

باب ما يدعيه الرجلان

واذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم انها له واقاما البينة قضي بها
بينهما وقال الشافعي رح تهاترتا وفي قول يقرع بينهما لان احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة
اجتماع الملكين في الكل في حالة واحدة وقد تعذر التمييز فيتهاتران او يصار الى القرعة
لانه عليه السلام اقرع فيه وقال اللهم انت تحكم بينهما ولنا حديث تميم بن طرفة ان رجلين اختصما
الى النبي عليه السلام في ناقة واقام كل واحد البينة فقضى بها بينهما نصفين وحديث القرعة كان
في الابتداء ثم نسخ ولان المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل بقبضه بدليل شرائه ولانهما
استويا في الاثبات فلا ينتقض اليد الثابتة بالشك وكذا لو ذكر الآخر وقتا لا يثبت الا ان يشهد
ان شراءه كان قبل شراء صاحب اليد لان الصريح يفوق الدلالة وان ادعى احدهما رهنا وقبضا
والآخر هبة وقبضا واقاما بينة فالرهن اولى وهذا استحسان وفي القياس الهبة اولى لانها تثبت الملك
والرهن لا يثبته وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون فحمل الوجود بان يعتمد احدهما سبب الملك و
الآخر اليد فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما امكن وقد امكن بالتنصيف اذ المحل يقبله وانما
ينصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق فان ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة واقاما
البينة لم تقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل الاشتراك
قال ويرجع الى تصديق المرأة لاحدهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين
وهذا اذا لم توقت البينتان [illegible] لاحدهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين
فاما اذا وقتتا فصاحب الوقت الاول اولى وان اقرت لاحدهما قبل اقامة البينة فهي
امرأته لتصادقهما فان اقام الآخر البينة قضي بها لان البينة اقوى من الاقرار ولو تفرد
احدهما بالدعوى والمرأة تجحد فاقام البينة وقضى بها القاضي ثم ادعى الآخر واقام
البينة على مثل ذلك لا يحكم بها لان القضاء الاول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل دونه
الا ان يوقت شهود الثاني سابقا لانه ظهر الخطأ في الاول بيقين وكذا اذا كان

المراة في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج الا على وجه السبق ولو ادعى
اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد معناه من صاحب اليد واقام بينة
فكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء
ترك لانه تغير عليه شرط عقده فلعل رغبته في تملك الكل فيرده ويأخذ كل الثمن
وان قضى القاضي به بينهما فقال احدهما لا اختار لم يكن لاحدهما ان يأخذ جميعه لانه
صار مقضيا عليه في النصف فانفسخ البيع فيه لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة
صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي حيث يكون له ان يأخذ الجميع لانه
يدعي الكل لم ينفسخ سببه ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما لانه اثبت
الشرى في زمان لا ينازعه فيه احد فاندفع الآخر به ولو وقتت احديهما ولم توقت الاخرى
فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت واحتمل الآخر ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك
وان لم يذكرا تاريخا ومع احدهما قبض فهو اولى ومعناه انه في يده لان تمكنه من قبضه يدل على سبق
شرائه ولانهما استويا في الاثبات فلا ينقض اليد الثابتة بالشك وكذا لو ذكر الآخر وقتا
لما بينا الا ان يشهدوا ان شراه كان قبل شراء صاحب اليد لان الصريح يفوق الدلالة
وان ادعى احدهما شراء والآخر هبة وقبضا معناه من واحد واقاما بينة ولا تاريخ معهما
فالشراء اولى لان الشراء اقوى لكونه معاوضة من الجانبين ولانه يثبت الملك بنفسه والملك
في الهبة يتوقف على القبض وكذا الشراء والصدقة مع القبض لما بينا والهبة والقبض والصدقة
مع القبض سواء حتى يقضى بينهما لاستوائهما في وجه التبرع ولا ترجيح باللزوم لانه يرجع الى المال والترجيح
بمعنى قائم في الحال وهذا فيما لا يحتمل القسمة صحيح وكذا فيما يحتمله عند البعض لان الشيوع طارئ
وعند البعض لا يصح لانه تنفيذ الهبة في الشايع واذا ادعى احدهما الشراء وادعت امراة انه
تزوجها عليه فهما سواء لاستوائهما في القوة فان كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك
بنفسه وهذا عند ابي يوسف وقال محمد الشراء اولى ولها على الزوج القيمة لانه امكن العمل
بالبينتين بتقديم الشراء اذ التزوج على عين مملوك للغير صحيح ويجب قيمته عند تعذر تسليمه وان
ادعى احدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا واقاما بينة فالرهن اولى وهذا استحسان
وفي القياس الهبة اولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته وجه الاستحسان ان المقبوض
بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان اقوى بخلاف الهبة بشرط العوض لانه

بيع انتهاء والبيع اقوى من الرهن لانه عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته
وان اقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم اولى لانه اثبت
انه اول المالكين فلا يتلقى الا من جهته ولم يتلق الآخر منه ولو ادعيا الشراء من واحد معناه من
غير صاحب اليد واقاما البينة على تاريخين فالاول اولى لما بينا انه اثبته في وقت لا منازع
له فيه وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر وذكرا تاريخا فهما سواء لانهما يثبتان الملك
لبائعيهما فيصير كانهما حضرا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل ولو وقتت احديهما لا يدل
على تقدم الملك لجواز ان يكون الآخر اقدم بخلاف ما اذا كان البايع واحدا لانهما اتفقا على
ان الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين انه تقدمه شراء غيره
ولو ادعى احدهما الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من ابيه والرابع
الصدقة والقبض من آخر واقاموا البينة قضى بينهم ارباعا لانهم يتلقون الملك من باعتهم
فيجعل كانهم حضروا واقاموا البينة على الملك المطلق وان اقام الخارج البينة على ملك مورخ و
صاحب اليد بينة على ملك اقدم تاريخا كان اولى وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو
رواية عن محمد وعنه انه لا تقبل بينة ذي اليد رجع اليه لان البينتين قامتا على مطلق الملك ولم تتعرضا لجهة
الملك فكان التقدم والتاخر سواء ولهما ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك
اذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون الا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد على الدفع
مقبولة وعلى هذا الاختلاف لو كانت الدار في ايديهما والمعنى ما بينا ولو اقام الخارج وذو اليد
البينة على ملك مطلق ووقتت احديهما دون الاخرى فعلى قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
الخارج اولى وقال ابو يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة صاحب الوقت اولى لانه
اقدم فصار كما في دعوى الشراء اذا ارخت احديهما كان صاحب التاريخ اولى ولهما ان
بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع ولا دفع هنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته
وعلى هذا اذا كانت الدار في ايديهما ولو كانت في يد ثالث والمسئلة بحالها فهما سواء
عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف الذي وقت اولى وقال محمد الذي اطلق اولى لانه ادعى
اولية الملك بدليل استحقاق الزوائد ورجوع الباعة بعضهم على البعض ولابي يوسف ان
التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح باليقين كما
ولابي حنيفة ان التاريخ يضامه احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره فصار كما لو لم

الا عند الهلاك معنى لا صورة فكذا الهبة بشرط العوض
صح

اعطى البينتين وقتا ولم توقت الاخرى فقضى بينهما نصفين
لان لو قيت احديهما صح

البينة على ملك مطلق بخلاف الشراء لانه امر حادث فيضاف الى اقرب الاوقات فيترجح
جانب صاحب التاريخ وان اقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة بالنتاج
فصاحب اليد اولى لان البينة قامت على ما لا يدل عليه اليد فاستويا وترجحت بينة ذي اليد
باليد فيقضى له وهذا هو الصحيح خلافا لما يقوله عيسى بن ابان انه تتهاتر البينتان وتترك في يده
لا على طريق القضاء ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل واقام البينة على النتاج عنده
فهو بمنزلة اقامتهما على النتاج في يد نفسه لما ذكرنا ولو اقام احدهما البينة على الملك المطلق
والآخر على النتاج فصاحب النتاج اولى ايهما كان لان بينته قامت على اولية الملك فلا يثبت
للآخر الا بالتلقي من جهته وكذا اذا كانت الدعوى بين خارجين فبينة النتاج اولى لما ذكرنا
ولو قضي بالنتاج لصاحب اليد ثم اقام ثالث البينة على النتاج يقضى له الا ان يعيدها ذو اليد
لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج
تقبل وينقض القضاء لانه بمنزلة النص وكذلك النسج في الثياب التي لا تنسج الا مرة كغزل القطن
وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر لانه في معنى النتاج كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزى
وجز الصوف وان كان يتكرر قضي به للخارج بمنزلة الملك المطلق وهو مثل الخز والبناء والغرس
وزراعة الحنطة والحبوب فان اشكل يرجع الى اهل الخبرة لانهم اعرف به فان اشكل عليهم قضي
للخارج لان القضاء ببينته هو الاصل والعدول عنه بخبر النتاج فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل
وان اقام الخارج البينة على الملك المطلق وصاحب اليد البينة على الشراء منه كان صاحب اليد اولى
لان الاول ان كان يدعي اولية الملك فهذا تلقى منه وفي هذا لا تنافي فصار كما اذا اقر بالملك
له ثم ادعى الشراء منه وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من الآخر ولا تاريخ معهما تهاترت
البينتان وتترك الدار في يد ذي اليد قال وهذا عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وعلى قول محمد
يقضى بالبينتين ويكون للخارج لان العمل بهما ممكن فيجعل كانه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض
ثم باع لان القبض دلالة السبق على ما مر ولا يعكس الامر لان البيع قبل القبض لا يجوز وان كان
في العقار عنده ولهما ان الاقدام على الشراء اقرار منه بالملك للبائع فصار كانهما قامتا على الاقرارين
وفيه التهاتر بالاجماع كذا ههنا ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك ولا يمكن القضاء لذي اليد الا بملك
مستحق فبقي القضاء له بمجرد السبب وانه لا يفيده ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف
قصاص عندهما اذا استويا لوجود قبض مضمون من كل جانب فان لم يشهدوا على نقد الثمن

فالقصاص

فالقصاص مذهب محمد رح للوجوب عنده ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترا بالاجماع لان الجمع غير ممكن
عند محمد رح لجواز كل واحد من البيعين بخلاف الاول وان وقتت البينتان في العقار ولم تثبتا قبضا
ووقت الخارج اسبق يقضى لصاحب اليد عندهما فيجعل كان الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض
من صاحب اليد فهو جائز في العقار عندهما وعند محمد رح يقضى للخارج لانه لا يصح بيعه قبل القبض عنده فبقي
على ملكه وان اثبتا قبضا يقضى لصاحب اليد لان البيعين جائزان على القولين وان كان
وقت صاحب اليد اسبق يقضى للخارج في الوجهين فيجعل كانه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع
ولم يسلم او سلم ثم وصل اليه بسبب آخر وان اقام احد المدعيين شاهدين والآخر اربعة
فهما سواء لان شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل
بل بقوة فيها على ما عرف واذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان احدهما جميعها والآخر نصفها
واقاما البينة فلصاحب الجميع ثلثة ارباعها ولصاحب النصف ربعها عند ابي حنيفة رح اعتبارا بطريق
المنازعة فان صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فسلم له واستوت منازعتهما في النصف
الآخر فينصف بينهما وقالا هي بينهما اثلاثا فاعتبرا طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع
يضرب بكل حقه بسهمين وصاحب النصف بسهم واحد فيقسم اثلاثا ولهذه المسئلة نظائر
واضداد لا يحتملها هذا المختصر وقد ذكرناها في الزيادات ولو كانت في ايديهما سلم لصاحب
الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها لا على وجه القضاء لانه خارج في النصف فيقضى
ببينته والنصف الذي في يده لا يدعيه صاحبه لان مدعاه النصف وهو في يده سالم له
ولو لم ينصرف اليه دعواه كان ظالما بامساكه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده
واذا تنازعا في دابة واقام كل واحد منهما البينة انها نتجت عنده وذكرا تاريخا و
وسن الدابة يوافق احد التاريخين فهو اولى لان الحال يشهد له فيترجح وان اشكل
ذلك كانت بينهما لانه سقط التوقيت فصار كانهما لم يذكرا تاريخا وان خالف سن
الدابة الوقتين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم الشهيد لانه ظهر كذب الفريقين فتترك في يد من
كانت في يده واذا كان العبد في يد رجل اقام رجلان عليه البينة احدهما بغصب والآخر
بوديعة فهو بينهما لاستوائهما في الاستحقاق فصل في التنازع بالايدي واذا تنازعا
في دابة احدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب اولى لان تصرفه اظهر فانه يختص بالملك
وكذا اذا كان احدهما راكبا في السرج والآخر رديفه فالراكب اولى لما ذكرنا بخلاف ما اذا كانا

راكبين حيث يكون بينهما لاستوائهما في التصرف وكذا اذا تنازعا في بعير وعليه حمل لاحدهما
لاحدهما فهو لصاحب الحمل اولى لانه المتصرف واذا تنازعا في قميص احدهما لابسه والآخر متعلق
بكمه فاللابس اولى لانه اظهرهما تصرفا ولو تنازعا في بساط احدهما جالس عليه والآخر متعلق
به فهو بينهما معناه لا على طريق القضاء لان القعود ليس بيد عليه فاستويا واذا كان
ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الحجة فلا توجب
زيادة في الاستحقاق واذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه فقال انا حر فالقول
قوله لانه في يد نفسه ولو قال انا عبد لفلان فهو عبد للذي في يده لانه اقر بانه لا يد
له حيث اقر بالرق وان كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي في يده لانه لا يد له على نفسه
لما كان لا يعبر عنها وهو بمنزلة متاع بخلاف ما اذا كان يعبر فلو كبر وادعى الحرية لا يكون
القول قوله لانه ظهر الرق عليه في حال صغره واذا كان الحائط لرجل عليه جذوع او
متصل ببنائه وللآخر عليه هرادي فهو لصاحب الجذوع والاتصال والهرادي ليس بشيء
لان صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر صاحب تعلق فصار كدابة تنازعا فيها
ولاحدهما حمل وللآخر كوز معلق والمراد بالاتصال مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا
في جداره وقد يسمى اتصال تربيع وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه على بعض
بناء هذا الحائط وقوله الهرادي ليس بشيء يدل على انه لا اعتبار للهرادي اصلا
وكذا البواري لان الحائط لا يبنى لها اصلا حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما
هرادي وليس للآخر شيء فهو بينهما ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلثة
فهو بينهما لاستوائهما ولا معتبر بالاكثر منها بعد الثلاثة وان كان جذوع احدهما
اقل من الثلثة فهو لصاحب الثلثة وللآخر موضع جذعه في رواية وفي رواية لكل
واحد منهما ما تحت خشبته ثم قيل ما بين الخشب بينهما وقيل على قدر خشبتهما والقياس
ان يكون بينهما نصفين لانه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة ووجه الثاني ان الاستعمال
من كل واحد بقدر خشبته ووجه الاول ان الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد
والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا انه يبقى له حق الوضع لان الظاهر ليس
بحجة في استحقاق يده ولو كان لاحدهما جذوع وللآخر اتصال فالاول اولى ويروى
الثاني اولى لان لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف

اقوى ووجه الثاني ان الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه
القضاء له بكله ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا وهذه رواية الطحاوي وصححها الجرجاني
واذا كانت دار منها في يد رجل عشرة ابيات وفي يد الآخر بيت فالساحة بينهما نصفين
لاستوائهما في استعمالها وهو المرور فيها واذا ادعى الرجلان ارضا يعني يدعي كل
واحد منهما انها في يده لم يقض انها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة انها في ايديهما لان اليد فيها
غير مشاهدة لتعذر احضارها وما غاب عن علم القاضي فالبينة تثبته وان اقام احدهما
البينة جعلت في يده لقيام الحجة لان اليد حق مقصود فلا يستحق احدهما من غير حجة وان اقاما
البينة جعلت في ايديهما لما بينا وان كان احدهما قد لبن في الارض او بنى او حفر فهي في يده لوجود
التصرف والاستعمال فيها باب دعوى النسب واذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه
البايع فان جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم باع وهو ابن البايع وامه ام ولده وفي
القياس وهو قول زفر والشافعي رحمه الله دعوته باطلة لان البيع اعتراف منه بانه عبد فكان
في دعواه مناقضا ولا نسب بدون الدعوى وجه الاستحسان ان اتصال العلوق بملكه
شهادة ظاهرة على كونه منه لان الظاهر عدم الزنا ومبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه
التناقض واذا صحت الدعوة استندت الى وقت العلوق فتبين انه باع ام ولده
فيفسخ البيع لان بيع ام الولد لا يجوز ويرد الثمن لانه قبضه بغير حق وان ادعاه
المشتري مع دعوة البايع او بعده فدعوة البايع اولى لانها اسبق لاستنادها
الى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاد وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع
لم يصح دعوة البايع لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنا وهو الشاهد والحجة
الا اذا صدقه المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح ولا يبطل البيع لانا تيقنا
ان العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق ولا حقه وهذه دعوة تحرير وغير المالك
ليس من اهله وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين لم تقبل دعوة
البايع فيه الا ان يصدقه المشتري لانه احتمل ان لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة فلا بد من تصديقه
واذا صدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والام ام ولد كما في المسئلة الاولى لتصادقهما
واحتمال العلوق في الملك وان مات الولد وادعاه البايع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر
لم يثبت الاستيلاد في الام لانها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته لل

الى ذلك ولا يتبعه استيلاد الام وان ماتت الام فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر
يثبت النسب في الولد واخذه البائع لان الولد هو الاصل في النسب فلا يضره فوات التبع وانما
كان الولد اصلا لانها تضاف اليه يقال ام الولد وتستفيد الحرية من جهته لقوله عليه السلام اعتقها ولدها والثابت
لها حق الحرية وله حقيقتها والادنى يتبع الاعلى ويرد الثمن كله في قول ابي حنيفة رح وقالا يرد
حصة الولد ولا يرد حصة الام لانه تبين انه باع ام ولده وماليتها غير متقومة عنده في العقد
والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما متقومة فيضمنها وفي الجامع الصغير واذا حبلت الجارية في ملك
رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البائع الولد وقد اعتق المشتري الام فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن
ولو كان المشتري انما اعتق الولد فدعواه باطلة ووجه الفرق ان الاصل في هذا الباب الولد
والام تابعة له على ما مر وفي الوجه الاول قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو العتق في التبع
وهو الام فلا يمتنع ثبوته في الاصل وهو الولد وليس من ضروراته كما في ولد المغرور فانه حر وامه امة لمولاها
وكما في المستولدة بالنكاح وفي الفصل الثاني قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته فيه وفي
التبع فانما كان الاعتاق مانعا لانه لا يحتمل النقض كحق استحقاق النسب وحق الاستيلاد فاستويا
من هذا الوجه ثم الثابت من المشتري حقيقة الاعتاق والثابت في حق الام حق الحرية وفي الولد حق الدعوة
والحق لا يعارض الحقيقة والتدبير بمنزلة الاعتاق لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية
وقوله في الفصل الاول يرد عليه بحصته من الثمن قولهما وعنده بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت
ومن باع عبدا ولد عنده فباعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنه ويبطل لان
البيع يحتمل النقض وماله من حق الدعوة لا يحتمله فينقض البيع لاجله وكذلك اذا كاتب
الولد او رهنه او آجره او كاتب الام او رهنها او زوجها ثم كانت الدعوة لان هذه
العوارض تحتمل النقض فينقض ذلك كله وتصح الدعوة بخلاف الاعتاق والتدبير على ما مر وبخلاف
ما اذا ادعى المشتري اولا ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لان النسب الثابت
من المشتري لا يحتمل النقض فصار كاعتاقه ومن ادعى نسب احد التوأمين ثبت نسبهما منه لانهما
من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الآخر وهذا لان التوأمين ولدان
بين ولادتيهما اقل من ستة اشهر فلا يتصور علوق الثاني حادثا لانه لا حبل اقل من ستة
وفي الجامع الصغير اذا كان في يده غلامان توأمان ولدا عنده فباع احدهما واعتقه المشتري
ثم ادعى البائع الذي في يده فهما ابناه وبطل عتق المشتري لانه لما ثبت نسب الولد الذي عنده

لمصادفة

لمصادفة العلوق والدعوة ملكه اذ المسألة مفروضة فيه فثبت حرية الاصل فيه فيثبت نسب الآخر
وحرية الاصل فيه ضرورة لانهما توأمان فتبين ان عتق المشتري وشراءه لاقى حر الاصل فبطل بخلاف
ما اذا كان الولد واحدا لان هناك يبطل العتق فيه مقصودا لحق دعوة البائع وههنا يثبت تبعا لحريته
فيه حرية الاصل فافترقا ولو لم يكن اصل العلوق في ملكه يثبت نسب الولد الذي عنده ولا ينقض
البيع فيما باع لان هذه دعوة تحرير لانعدام شاهد الاتصال فيقتصر على محل ولايته واذا كان
الصبي في يد رجل فقال هو ابن عبدي فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه ابدا وان جحد
العبد ان يكون ابنه وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا اذا جحد الغائب العبد فهو ابن المولى وعلى
هذا الخلاف اذا قال هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعى لنفسه لهما ان الاقرار ارتد
برد العبد فصار كان لم يكن الاقرار والاقرار بالنسب يرتد بالرد وان كان لا يحتمل النقض
الا ترى انه يعمل فيه الاكراه والهزل فصار كما اذا اقر المشتري على البائع باعتاق المشتري
فكذبه البائع ثم قال انا اعتقته يتحول الولاء اليه بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعي بعد ذلك
نسبا ثابتا من الغير وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار
تصديقه كولد الملاعنة لا يثبت نسبه من غير الملاعن لان له ان يكذب نفسه ولابي حنيفة رح ان
يكذب نفسه النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته والاقرار بمثله لا يرتد بالرد فبقي فيمتنع دعوته
كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه لنفسه وهذا لانه
تعلق به حق المقر له حتى لو صدقه بعد التكذيب ثبت منه وكذا تعلق به حق الولد فلا يرتد
برد المقر له ومسألة الولاء على هذا الخلاف ولو سلم فالولاء قد يبطل باعتراض الاقوى
كجر الولاء من جانب الام الى قوم الاب وقد اعترض على هذا الولاء الموقوف ما هو اقوى
وهو دعوى المشتري فيبطل به بخلاف النسب على ما مر وهذه المسألة تخرج على اصلين يعني
بيع الولد ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعواه باقراره بالنسب لغيره واذا كان
الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو
عبدي فهو ابن النصراني وهو حر لان الاسلام مرجح فيستدعي تعارضا ولا تعارض
لان نظر الصبي في هذا اوفر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا اذ دلائل
الوحدانية ظاهرة وفي عكسه الحكم بالاسلام تبعا وحرمانه عن الحرية لانه ليس في وسعه
اكتسابها ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم اولى ترجيحا للاسلام وهو اوفر النظر

وإذا ادعت امرأة صبيا أنه ابنها لم تجز دعواها حتى تشهد امرأة على الولادة ومعنى
المسألة أن تكون المرأة ذات زوج لأنها تدعي تحميل النسب على الغير فلا تصدق إلا
بحجة بخلاف الرجل لأنه يحمل نفسه النسب ثم شهادة القابلة كافية فيها لأن الحاجة
إلى تعيين الولد أما النسب يثبت بالفراش القائم وقد صح أن النبي عليه السلام قبل شهادة
القابلة على الولادة ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند أبي حنيفة رحمه الله وقد مر
في الطلاق وإن لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لأن
فيه إلزاما على نفسها دون غيرها وإن كان لها زوج وزعمت أنه ابنها منه وصدقها
فهو ابنهما وإن لم تشهد امرأة لأنه التزم نسبه فأغنى ذلك عن الحجة وإن كان
الصبي في أيديهما فزعم الزوج أنه ابنه من غيرها وزعمت أنه ابنها من غيره فهو ابنهما لأن الظاهر أن
الولد منهما لقيام أيديهما أو لقيام الفراش بينهما ثم كل منهما يريد إبطال حق صاحبه
وهو لا يصدق عليه وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل
آخر غير صاحبي يكون الثوب بينهما إلا أن هناك يدخل المقر له في نصيب المقر لأن
المحل يحتمل الشركة وههنا لا يدخل لأن النسب لا يحتملها ومن اشترى جارية فولدت
ولدا عنده فاستحقها رجل غرم الأب قيمة الولد يوم يخاصم لأنه ولد المغرور فإن
المغرور من يطأ امرأة معتمدا على ملك يمين أو نكاح فتلد منه ثم تستحق وولد المغرور حر
بالقيمة بإجماع الصحابة رضي الله عنهم ولأن النظر من الجانبين واجب فيجعل الولد حر الأصل
في حق أبيه رقيقا في حق مدعيه نظرا لهما ثم الولد حاصل في يده من غير صنعه فلا يضمنه إلا بالمنع
كما في ولد المغصوبة فلهذا يعتبر قيمة الولد يوم الخصومة ولو مات الولد لا شيء على الأب لانعدام المنع
وكذا لو ترك مالا لأن الإرث ليس ببدل عنه والمال لأبيه لأنه حر الأصل في حقه فيرثه ولو قتله
الأب يغرم قيمته لوجود المنع وكذا لو قتله غيره فأخذ ديته لأن سلامة بدله له كسلامته
ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته كما إذا كان حيا ويرجع بقيمة الولد على بائعه لأنه ضمن له سلامته كما يرجع
بثمنه بخلاف العقر لأنه لزمه لاستيفاء منافعها فلا يرجع به والله أعلم بالصواب والله المرجع والمآب

كتاب الإقرار وإذا أقر الحر البالغ العاقل بحق لزمه إقراره مجهولا كان ما أقر به أو معلوما اعلم
أن الإقرار إخبار عن ثبوت الحق وأنه ملزم لوقوعه دلالة ألا ترى كيف ألزم النبي عليه السلام ماعزا
الرجم بإقراره وتلك المرأة باعترافها وهو حجة قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر

الغامدية وهي امرأة من غامد

عليه

240

عليه وشرط الحرية ليصح إقراره مطلقا فإن العبد المأذون له وإن كان ملحقا بالحر في حق
الإقرار عليه لكن المحجور عليه لا يصح إقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص لأن إقراره عهد
موجبا لتعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه بخلاف المأذون لأنه مسلط عليه من جهته
وبخلاف الحد والدم لأنه مبقى على أصل الحرية في ذلك حتى لا يصح إقرار المولى على العبد فيه ولا بد
من البلوغ والعقل لأن إقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام أهلية الالتزام إلا إذا كان الصبي
مأذونا لأنه ملحق بالبالغ بحكم الإذن وجهالة المقر به لا تمنع إرثها أو يبقى عليه باقية حساب
لا يحيط به لأنه ملحق بالبالغ بحكم الإذن علمه والإقرار إخبار عن ثبوت الحق فيصح به بخلاف الجهالة
في المقر له لأن المجهول لا يصلح مستحقا ويقال له بين المجهول لأن التجهيل من جهته فصار كما إذا أعتق أحد عبديه
فإن لم يبين أجبره القاضي على البيان لأنه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح إقراره وذلك بالبيان
فإن قال لفلان علي شيء لزمه أن يبين ما له قيمة لأنه أخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب
لا يجب فيها فإذا بين غير ذلك يكون رجوعا والقول قوله مع يمينه إن ادعى المقر له أكثر من ذلك
من ذلك لأنه هو المنكر فيه وكذا إذا قال لفلان علي حق لما بينا وكذا إذا قال غصبت منه شيئا
وجب أن يبين ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلا على العادة ولو قال لفلان علي مال فالمرجع
إليه في بيانه لأنه هو المجمل ويقبل قوله في القليل والكثير لأن كل ذلك مال فإنه اسم
لما يتمول به إلا أنه لا يصدق في أقل من درهم لأنه لا يعد مالا عرفا ولو قال مال عظيم لم يصدق في أقل
من مائتي درهم لأنه أقر بمال موصوف فلا يجوز إلغاء الوصف والنصاب عظيم حتى اعتبر صاحبه
غنيا به والغني عظيم عند الناس وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يصدق في أقل من عشرة دراهم
وهي نصاب السرقة لأنه عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة وعنه مثل جواب الكتاب وهذا
إذا قال من الدراهم أما إذا قال من الدنانير فالتقدير فيها بالعشرين وفي الإبل بخمس وعشرين
لأنه أدنى نصاب يجب فيه من جنسه وفي غير مال الزكاة بقيمة النصاب ولو قال أموال عظام
فالتقدير بثلاثة نصب من أي فن سماه اعتبارا لأدنى الجمع ولو قال دراهم كثيرة لم يصدق
في أقل من عشرة وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لم يصدق في أقل من مائتين لأن صاحب
النصاب مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره بخلاف ما دونه وله أن العشرة أقصى ما ينتهي إليه
اسم الجمع يقال عشرة دراهم ثم يقال أحد عشر درهما فيكون هو الأكثر من حيث اللفظ فينصرف
إليه ولو قال دراهم فهي ثلاثة لأنه أقل الجمع الصحيح إلا أن يبين أكثر منها لأن اللفظ يحتمله
من هذه الثلاثة

وينصرف الى الوزن المعتاد ولو قال كذا وكذا درهما لم يصدق في اقل من احد عشر درهما
لانه ذكر عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف واقل ذلك في المفسر احد عشر ولو قال
كذا وكذا لم يصدق في اقل من احد وعشرين لانه ذكر مبهمين بينهما حرف العطف واقل
ذلك في المفسر احد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره ولو قال كذا درهما فهو درهم لانه تفسير للمبهم
ولو ثلث كذا بغير واو فاحد عشر لانه لا نظير له سواه ولو ثلث بالواو فمائة واحد وعشرون
وان ربع يزاد عليها الف لان ذلك نظيره قال وان قال له علي او قبلي فقد اقر بالدين لان علي صيغة
ايجاب وقبلي ينبئ عن الضمان على ما مر في الكفالة ولو قال المقر هو وديعة ووصل صدق لان اللفظ
يحتمله مجازا حيث يكون المضمون حفظه والمال محله فيصدق موصولا لا مفصولا قال رضي الله عنه وفي نسخ
المختصر في قوله قبلي انه اقرار بالامانة لان اللفظ ينتظمها حتى صار قوله لا حق لي قبل فلان ابراء عن الدين
والامانة جميعا والامانة اقلهما والاول اصح ولو قال عندي او معي او في بيتي او في كيسي او في صندوقي
فهو اقرار بامانة في يده لان كل ذلك اقرار بكون الشيء في يده وذلك يتنوع الى مضمون وامانة فيثبت
اقلهما واذا قال له رجل لي عليك الف فقال اتزنها او انتقدها او اجلني بها او قد قضيتكها فهذا
اقرار لان الهاء في الاول والثاني كناية عن المذكور في الدعوى فكانه قال اتزن الالف
التي لك علي حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون اقرارا لعدم انصرافه الى المذكور والتأجيل انما يكون في حق
واجب والقضاء يتلو الوجوب ودعوى الابراء كالقضاء لما بينا وكذا دعوى الصدقة والهبة
لان التمليك يقتضي سابقة الوجوب وكذا لو قال احلتك بها على فلان لانه تحويل ومن اقر
بدين مؤجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه في التأجيل لزمه الدين حالا لانه اقر على نفسه
بمال وادعى حقا لنفسه فيه فصار كما اذا اقر بعبد في يده وادعى الاجارة بخلاف
الاقرار بالدراهم السود لانه صفة فيه وقد مرت المسألة في الكفالة ويستحلف المقر له على الاجل
لانه منكر حقا عليه واليمين على المنكر ولو قال له علي مائة ودرهم لزمه كلها دراهم ولو قال
مائة وثوب لزمه ثوب واحد والمرجع في تفسير المائة اليه وهو القياس في الاول وبه قال الشافعي
لان المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة لا تفسير لها فبقيت المائة على ابهامها
كما في الفصل الثاني وجه الاستحسان وهو الفرق انهم استثقلوا تكرار الدرهم في كل عدد واكتفوا
بذكره عقيب العددين وهذا فيما يكثر استعماله وذلك عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وذلك
في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون اما الثياب وما لا يكال ولا يوزن فلا يكثر وجوبها

فيبقى

فيبقى على الحقيقة وكذا اذا قال مائة وثوبان لما بينا بخلاف ما اذا قال مائة وثلاثة اثواب لانه ذكر
عددين مبهمين واعقبهما تفسيرا اذ الاثواب لم تذكر بحرف العطف فانصرف اليهما لاستوائهما في
الحاجة الى التفسير فكان كلها ثيابا ومن اقر بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة وفسره في الاصل
بقوله غصبت تمرا في قوصرة ووجهه ان القوصرة وعاء وظرف له وغصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق
بدون الظرف فيلزمانه وكذا الطعام في السفينة او الحنطة في الجوالق بخلاف ما اذا غصبت تمرا من قوصرة
لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع ومن اقر بدابة في اصطبل لزمه الدابة خاصة
لان الاصطبل غير مضمون بالغصب عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وعلى قياس قول محمد رح يضمنهما
ومثله الطعام في البيت ومن اقر لغيره بخاتم فله الحلقة والفص لان اسم الخاتم يشمل الكل ومن
اقر بسيف فله النصل والجفن والحمائل لان الاسم ينطوي على الكل ومن اقر بحجلة فله العيدان
والكسوة لانطلاق الاسم على الكل عرفا فان قال غصبت ثوبا في منديل لزماه جميعا لانه ظرف لانه
يلف فيه وكذا لو قال علي ثوب في ثوب لانه ظرف بخلاف قوله درهم في درهم حيث يلزمه واحد لانه
ضرب لا ظرف وان قال ثوب في عشرة اثواب لم يلزمه الا ثوب واحد عند ابي يوسف رح وقال
محمد لزمه احد عشر ثوبا لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب فامكن حمله على الظرف ولابي يوسف
ان حرف في يستعمل في البين والوسط ايضا قال الله تعالى فادخلي في عبادي اي بين عبادي
فوقع الشك والاصل براءة الذمم على ان كل ثوب موعى وليس بوعاء فتعذر حمله على الظرف
فتعين الاول محملا ولو قال لفلان علي خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة لان
الضرب لا يكثر المال وعن الحسن يلزمه خمسة وعشرون وقد ذكرناه في الطلاق ولو قال اردت
خمسة مع خمسة لزمه عشرة لان اللفظ يحتمله ولو قال له علي من درهم الى عشرة او قال ما بين درهم
الى عشرة لزمه تسعة عند ابي حنيفة رح فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية وقالا يلزمه العشرة كلها فتدخل
الغايتان وقال زفر رح يلزمه ثمانية ولا تدخل الغايتان ولو قال له في داري ما بين هذا الحائط
الى هذا الحائط فله ما بينهما وليس له من الحائطين شيء وقد مرت الدلائل في الطلاق فصل ومن قال
لحمل فلانة علي الف درهم فان قال اوصى له فلان او مات ابوه فورثه فالاقرار صحيح لانه اقر بسبب
صالح لثبوت الملك له ثم اذا جاءت به في مدة يعلم انه كان قائما وقت الاقرار لزمه فان جاءت به
ميتا فالمال للموصي والمورث حتى يقسم بين ورثته لانه اقرار في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد
الولادة ولم ينتقل ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما ولو قال المقر باعني او اقرضني لم يلزمه

يوسف رح

شئ لانه بين مستحيلا قال وان ابهم الاقرار لم يصح عند ابي يوسف وقال محمد يصح فيجب اعماله
وقد امكن بالحمل على السبب الصالح ولابي يوسف ان الاقرار مطلقه ينصرف الى الاقرار بسبب
التجارة ولهذا حمل اقرار العبد المأذون واحد المتفاوضين عليه فيصير كما اذا صرح به ومن اقر
بحمل جارية او حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه لان له وجها صحيحا وهو الوصية به من جهة غيره
فحمل عليه ومن اقر بشرط الخيار بطل الشرط لان الخيار للفسخ والاخبار لا يحتمله ولزمه المال لوجود
الصيغة الملزمة ولم ينعدم بهذا الشرط الباطل

باب الاستثناء وما في معناه

ومن استثنى
متصلا باقراره صح الاستثناء ولان الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقي ولاكن لابد من الاتصال
وسواء استثنى الاقل او الاكثر فان استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء لانه تكلم بالحاصل
بعد الثنيا ولا حاصل بعده فيكون رجوعا وقد مر الوجه في الطلاق ولو قال له علي مائة درهم
الا دينارا او الا قفيز لزمه مائة درهم الا قيمة الدينار او القفيز وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
ولو قال له علي مائة درهم الا ثوبا لم يصح الاستثناء فيهما وقال الشافعي يصح فيهما لمحمد ان
الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ وهذا لا يتحقق في خلاف الجنس وللشافعي انهما اتحدا
جنسا من حيث المالية ولهما ان المجانسة في الاول ثابتة من حيث الثمنية اما الدينار فظاهر
والمكيل والموزون اوصافهما اثمان اما الثوب فليس بثمن اصلا ولهذا لا يجب
بمطلق عقد المعاوضة وما يكون ثمنا صلح مقدرا للدراهم فصار بقدره مستثنى من الدراهم
وما لا يكون ثمنا لا يصلح مقدرا فبقي الاستثناء بالدراهم مجهولا فلا يصح ومن اقر بحق وقال
ان شاء الله متصلا باقراره لم يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشيئة الله تعالى اما ابطال
او تعليق فان كان الاول فقد بطل وان كان الثاني فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل
التعليق بالشرط او لانه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا في الطلاق بخلاف ما اذا قال لفلان
علي مائة درهم اذا مت او اذا جاء راس الشهر او اذا افطر الناس لانه في معنى بيان المدة
فيكون تاجيلا لا تعليقا حتى لو كذبه المقر له في الاجل يكون المال حالا ومن اقر بدار واستثنى
بناءها لنفسه فللمقر له الدار والبناء لان البناء داخل في هذا الاقرار معنى لا لفظا والاستثناء
تصرف في الملفوظ والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار لانه يدخل فيه
تبعا لا لفظا بخلاف ما لو قال الا ثلثها او الا بيتا منها لانه داخل فيه لفظا ولو قال بناء
هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء فكانه

قال

قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان بخلاف ما اذا قال مكان العرصة ارضا حيث يكون
البناء للمقر له لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء كالاقرار بالدار ولو قال له علي الف درهم
من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه فان ذكر عبدا بعينه قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف
والا فلا شيء لك قال رحمه الله هذا على وجوه احدها هذا وهو ان يصدقه ويسلم العبد وجوابه
ما ذكرنا لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة والثاني ان يقول المقر له العبد عبدك
ما بعتكه وانما بعتك عبدا غير هذا وسلمته وفيه المال لازم على المقر لاقراره به عند سلامة العبد له
وقد سلم ولا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود والثالث ان يقول العبد عبدي ما بعتكه
وحكمه ان لا يلزم المقر شيء لانه ما اقر بالمال الا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه ولو قال مع ذلك انما بعتك غيره يتحالفان
لان المقر يدعي تسليم من عينه والآخر ينكره والمقر له يدعي عليه الالف ببيع غيره والآخر
ينكر واذا تحالفا بطل المال هذا اذا ذكر عبدا بعينه ولو قال من ثمن عبد اشتريته ولم
يعينه لزمه الالف ولا يصدق في قوله ما قبضت عند ابي حنيفة وصل ام فصل لانه
رجوع فانه اقرار بوجوب المال الى كلمة علي وانكاره القبض في غير المعين ينافي
الوجوب اصلا لان الجهالة مقارنة كانت او طارئة بان اشترى عبدا ثم نسياه
عند الاختلاط بامثاله توجب هلاك المبيع فيمتنع وجوب نقد الثمن واذا كان كذلك كان رجوعا
فلا يصح وان كان موصولا وقالا ان وصل صدق ولم يلزمه شيء وان فصل
لم يصدق اذا انكر المقر له ان يكون ذلك من ثمن عبد وان اقر انه باعه متاعا فالقول
قول المقر ووجه ذلك انه اقر بوجوب المال عليه وبين سببا وهو البيع فان وافقه الطالب
في السبب وبه لا يتأكد الوجوب الا بالقبض والمقر ينكره فيكون القول قوله وان
كذبه في السبب كان هذا من المقر بيانا مغيرا لان صدر كلامه للوجوب مطلقا وآخره
يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض والمغير يصح موصولا لا مفصولا ولو قال ابتعت
منه بيعا الا اني لم اقبضه فالقول قوله بالاجماع لانه ليس من ضرورة البيع القبض بخلاف
الاقرار بوجوب الثمن وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير ومعنى المسألة اذا قال لفلان
علي الف من ثمن خمر او خنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة وصل ام فصل
لانه رجوع لان ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا واول كلامه للوجوب وقالا اذا وصل
لم يلزمه شيء لانه بين باخر كلامه انه ما اراد به الايجاب فصار كما اذا قال في آخره ان شاء الله

قلنا ذلك تعليق وهذا ابطال ولو قال له علي الف درهم من ثمن متاع او قال اقرضني الف
درهم ثم قال هي زيوف او نبهرجة وقال المقر له جياد لزمه الجياد في قول ابي حنيفة وقالا
ان قال موصولا يصدق وان كان مفصولا لا يصدق وعلى هذا الخلاف اذا قال هي ستوقة
او رصاص وعلى هذا اذا قال الا انها زيوف وعلى هذا اذا قال لفلان علي الف ستوقة
درهم زيوف من ثمن متاع لهما انه بيان مغير فيصح بشرط الوصل كالشرط والاستثناء
وهذا لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والستوقة بمجازه الا ان مطلقه ينصرف
الى الجياد فكان بيانا مغيرا من هذا الوجه وصار كما اذا قال الا انها وزن خمسة ولابي حنيفة
ان هذا رجوع لان مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب والزيافة عيب ودعوى العيب
رجوع عن بعض موجبه كما اذا قال بعتكه معيبا وقال المشتري بعتنيه سليما فالقول للمشتري
لما بينا والستوقة ليست من الاثمان والبيع يرد على الثمن فكان رجوعا وقوله الا انها
وزن خمسة يصح استثناء لانه مقدار بخلاف الجودة لان استثناء الوصف لا يجوز
كاستثناء البناء في الدار بخلاف ما اذا قال علي كر حنطة من ثمن عبد الا انها ردية لان
الرداءة نوع لا عيب فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها وعن ابي حنيفة في غير رواية
الاصول في القرض انه يصدق في الزيوف اذا وصل لان القرض يوجب مثل المقبوض وقد يكون زيفا
كما في الغصب ووجه الظاهر ان التعامل بالجياد فانصرف مطلقه اليها ولو قال لفلان علي
الف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض قيل يصدق بالاجماع لان اسم الدراهم يتناولها
وقيل لا يصدق لان مطلق الاقرار ينصرف الى العقود لتعينها مشروعة لا الى الاستهلاك
المحرم ولو قال اغتصبت منه الفا او قال اودعني الف درهم ثم قال هي زيوف
او نبهرجة صدق وصل ام فصل لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك
فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل فيكون بيان النوع فيصح وان فصل ولهذا لو جاء
راد المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول له وعن ابي يوسف انه لا يصدق
فيه مفصولا اعتبارا بالقرض اذ القبض فيهما هو الموجب للضمان ولو قال هي ستوقة
او رصاص بعد ما اقر بالغصب والوديعة ان وصل صدق وان فصل لم يصدق

لان الستوقة

لان الستوقة ليست من جنس الدراهم لكن الاسم يتناولها مجازا فكان بيانا مغيرا فلا بد من
الوصل وان قال في هذا كله الفا ثم قال الا انه ينقص كذا لا يصدق وان وصل
صدق لان هذا استثناء والاستثناء يصح موصولا بخلاف الزيافة لانه وصف
واللفظ يتناوله والمقدار دون الوصف فهو تصرف لفظي كما بينا ولو كان الفصل ضرورة انقطاع
الكلام فهو واصل لعدم امكان الاحتراز عنه ومن اقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب
معيب فالقول له لان الغصب لا يختص بالسليم ومن قال لآخر اخذت منك الف
درهم وديعة فهلكت فقال لا بل اخذتها غصبا فهو ضامن وان قال اعطيتنيها
وديعة فقال غصبتنيها لم يضمن والفرق ان في الفصل الاول اقر بسبب الضمان وهو الاخذ
ثم ادعى ما يبرئه وهو الاذن والآخر ينكره فيكون القول له مع اليمين وفي الثاني اضاف الفعل
الى غيره وذلك يدعي عليه سبب الضمان وهو الغصب فكان القول لمنكره مع اليمين والقبض
في هذا كالاخذ والدفع كالاعطاء فان قال قائل اعطاؤه والدفع اليه لا يكون
الا بالقبض فنقول قد يكون بالتخلية والوضع بين يديه ولو اقتضى ذلك فالمقتضي
ثابت ضرورة فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان وهذا بخلاف ما اذا قال اخذتها منك
وديعة وقال الآخر لا بل قرضا حيث يكون القول للمقر وان اقر بالاخذ لانهما توافقا
هنالك على ان الاخذ كان بالاذن الا ان المقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكر
فافترقا وان قال هذه الالف كانت وديعة لي عند فلان فاخذتها فقال فلان هي لي فانه ياخذها
لانه اقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر ولو قال آجرت دابتي هذه
هذه فلانا فركبها وردها او قال آجرت ثوبي هذا فلانا فلبسه ورده فالقول له وهذا
عند ابي حنيفة وقالا القول قول الذي اخذ منه الدابة والثوب وهو القياس وعلى هذا الخلاف
الاعارة والاسكان ولو قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان
الثوب ثوبي فهو على الاختلاف في الصحيح وجه القياس ما بيناه في الوديعة وجه الاستحسان
وهو الفرق ان اليد في الاجارة والاعارة ضرورية تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه
وهو المنافع فتكون عدما فيما وراء الضرورة فلا يكون اقرارا له باليد مطلقا بخلاف الوديعة
لان اليد فيها مقصودة والايداع اثبات اليد قصدا فيكون الاقرار به اعترافا
باليد للمودع ووجه آخر ان في الاجارة والاعارة والاسكان اقر بيد ثابتة من جهته

ويكون القول قوله في كيفيته لا كذلك في مسألة الوديعة فإنه قال فيها كانت وديعة
وقد يكون من غير صنعه حتى لو قال أودعتها كان على هذا الخلاف وليس مدار الفرق على ذكر
الأخذ في طرف الوديعة وعدمه في الطرف الآخر وهو الإجارة والإعارة لأنه ذكر الأخذ
في وضع الطرف الآخر في كتاب الإقرار أيضا وهذا بخلاف ما إذا قال اقتضيت من فلان
ألف درهم كانت لي عليه أو أقرضته ألفا ثم أخذتها منه وأنكر المقر له حيث يكون القول قوله
لأن الديون تقضى بأمثالها وذلك إنما يكون بقبض مضمون فإذا أقر بالاقتضاء
فقد أقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره وأما ههنا
المقبوض عين ما ادعى فيه الإجارة وما أشبهها فافترقا ولو أقر أن فلانا زرع هذه الأرض
أو بنى هذه الدار أو غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر فادعاه فلان وقال المقر
بل ذلك كله لي استعنت بك ففعلت أو فعلته بأجر فالقول للمقر لأنه ما أقر له باليد وإنما أقر له
بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك في ملك في يد المقر وصار كما إذا قال خاط لي الخياط
قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه ولم يكن إقرارا باليد ويكون القول للمقر لأنه أقر بفعل
منه وقد يخيط في يد المقر كذا هنا

باب إقرار المريض

وإذا أقر الرجل في مرض موته بديون
وعليه دين في صحته والدين المعروف بالأسباب مقدم وقال الشافعي دين المرض ودين
الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الإقرار الصادر عن عقل ودين ومحل الوجوب الذمة القابلة
للحقوق وصار كإنشاء التصرف مبايعة ومناكحة ولنا أن الإقرار لا يعتبر دليلا
إذا كان فيه إبطال حق الغير وفي إقرار المريض ذلك لأن حق غرماء الصحة تعلق بهذا
المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة إلا بقدر الثلث بخلاف النكاح
لأنه من الحوائج الأصلية وهو بمهر المثل وبخلاف المبايعة بمثل القيمة لأن حق الغرماء
تعلق بالمالية لا بالصورة وفي حالة الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق
التثمير وهذه حالة العجز وحالتا المرض حالة واحدة لأنه حالة الحجر بخلاف حالتي
الصحة والمرض لأن الأولى حالة إطلاق وهذه حالة حجر فافترقا وإنما تقدم
المعروفة الأسباب لأنه لا تهمة في ثبوتها إذ المعاين لا مرد له وذلك مثل بدل مال ملكه
أو استهلكه وعلم وجوبه بغير إقراره أو تزوج امرأة بمهر مثلها وهذا الدين
مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر لما بينا ولو أقر بعين في يده لآخر لم يصح

أو فعلته صح

وديون لزمته في مرضه بأسباب معلومة فدين الصحة صح

الصحيح صح

حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به ولا يجوز للمريض أن يقضي دين بعض الغرماء دون البعض لأن في إيثار البعض
إبطال حق الباقين وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء إلا إذا قضى ما استقرض
في مرضه أو نقد ثمن ما اشترى في مرضه وقد علم بالبينة فإذا قضيت يعني الديون المقدمة
وفضل شيء يصرف إلى ما أقر به في حالة المرض لأن الإقرار في ذاته صحيح وإنما رد في حق غرماء
الصحة فإذا لم يبق حقهم ظهرت صحته وإن لم يكن عليه ديون في صحته جاز إقراره لأنه لم يتضمن
إبطال حق الغير وكان المقر له أولى من الورثة لقول عمر رضي الله عنه إذا أقر المريض بدين جاز ذلك
عليه في جميع تركته ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط
الفراغ ولهذا تقدم حاجته في التكفين ولو أقر المريض لوارثه لا يصح إلا أن يصدقه فيه
بقية الورثة وقال الشافعي رحمه الله تعالى في أحد قوليه يصح لأنه إظهار حق ثابت لترجح جانب
الصدق فيه وصار كالإقرار لأجنبي ولوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث
ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا وصية لوارث ولا إقرار له بالدين ولأنه تعلق حق الورثة
بماله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث أصلا ففي تخصيص البعض به إبطال حق
الباقين ولأن حالة المرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق إلا أن هذا التعلق
لم يظهر في حق الأجنبي لحاجته إلى المعاملة في الصحة لأنه لو حجر عن الإقرار بالمرض يمتنع الناس
عن المعاملة معه وقلما تقع المعاملة مع الوارث ولم يظهر في حق الإقرار لوارث آخر لحاجته
أيضا ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فإذا صدقوه فقد أبطلوه فيصح إقراره وإن أقر لأجنبي
جاز وإن أحاط بماله لما بينا والقياس أن لا يجوز إلا في الثلث لأن الشرع قصر تصرفه
عليه إلا أنا نقول لما صح إقراره في الثلث كان له التصرف في ثلث الباقي لأنه الثلث بعد الدين
ثم وثم حتى يأتي على الكل ومن أقر لأجنبي في مرضه بمال ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه وبطل
إقراره له ومن أقر لأجنبية ثم تزوجها لم يبطل إقراره لها ووجه الفرق أن دعوة النسب
تستند إلى وقت العلوق فتبين أنه أقر لابنه فلا يصح ولا كذلك الزوجية لأنها
تقتصر على زمان التزوج فبقي إقراره لأجنبية ومن طلق زوجته في مرضه
ثلاثا ثم أقر لها بدين فلها الأقل من الدين ومن ميراثها منه لأنهما متهمان فيه لقيام العدة
وباب الإقرار مسدود للوارث فلعله أقدم على هذا الطلاق ليصح إقراره لها
زيادة على ميراثها ولا تهمة في أقل الأمرين فيثبت

فصل

ومن أقر بغلام يولد مثله

لمثله وليس له نسب معروف انه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه وان كان مريضا
لان النسب مما يلزمه خاصة فيصح اقراره به وشرط ان يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذبا في الظاهر
وشرط ان لا يكون له نسب معروف لانه يمنع ثبوته من غيره وانما شرط تصديقه لانه
في يد نفسه اذ المسئلة في غلام يعبر عن نفسه بخلاف الصغير على ما مر من قبل ولا يمتنع بالمرض
لان النسب من الحوائج الاصلية ويشارك الورثة في الميراث لانه لما ثبت نسبه منه صار
كالوارث المعروف فيشارك ورثته ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى
لانه اقرار بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير ويقبل اقرار المراة بالوالدين والزوج
ولا يقبل بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه الا ان يصدقها
الزوج لان الحق له او تشهد بولادتها قابلة لان قول القابلة في هذا مقبول وقد مر
في الطلاق وذكرنا في اقرار المراة تفصيلا في كتاب الدعوى ولا بد من تصديق هؤلاء ويصح
التصديق في النسب بعد موت المقر لان النسب يبقى بعد الموت وكذا تصديق الزوجة لان
حكم النكاح باق وكذا يصح تصديق الزوج بعد موتها لان الارث من احكامه وعند ابي حنيفة
لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولهذا لا يحل له غسلها عندنا ولا يصح التصديق على اعتبار
الارث لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق يستند الى اول
الاقرار ومن اقر بنسب من غير الوالدين والولد نحو الاخ والعم لا يقبل اقراره في النسب
لان فيه حمل النسب على الغير فان كان له وارث معروف قريبا او بعيدا فهو اولى
بالميراث من المقر له لانه لما لم يثبت نسبه منه لا يزاحم الوارث المعروف وان
لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه لان له ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث
الا ترى ان له ان يوصي بجميعه فيستحق جميع المال وان لم يثبت نسبه لما فيه من حمل النسب
على الغير وليست هذه وصية حقيقة حتى ان من اقر باخ ثم اوصى لاخر بجميع ماله
كان للموصى له ثلث المال خاصة ولو كان الاول وصية لاشتركا نصفين لكنه
بمنزلته حتى لو اقر في مرضه باخ وصدقه المقر له ثم انكر المقر وراثته ثم اوصى بماله كله
لانسان كان ماله للموصى له ولو لم يوص لاحد كان لبيت المال لان رجوعه صحيح
لان النسب لم يثبت فبطل الاقرار ومن مات ابوه فاقر باخ لم يثبت نسب اخيه
لما بيناه ويشاركه في الارث لان اقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير ولا ولاية

له

له عليه والاشتراك في المال وله فيه ولاية فيثبت كالمشتري اذا اقر على البائع
بالعتق لم يقبل اقراره عليه حتى لا يرجع عليه بالثمن ولكنه يقبل في حق العتق ومن مات
وترك ابنين وله على اخر مائة درهم فاقر احدهما ان اباه قبض منها خمسين لا شيء
للمقر وللاخر خمسون لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون
بقبض مضمون فاذا كذبه اخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا غاية
الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع على القابض بشيء
لرجع القابض على الغريم ورجع الغريم على المقر فيؤدي الى الدور

كتاب الصلح

الصلح على ثلثة اضرب صلح مع اقرار وصلح مع سكوت وهو ان لا يقر المدعى عليه
ولا ينكر وصلح مع انكار وكل ذلك جائز لاطلاق قوله تعالى والصلح خير ولقوله عليه
الصلوة والسلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا
قال الشافعي لا يجوز مع انكار او سكوت لما روينا وهذا بهذه الصفة لان البدل
كان حلالا على الدافع حراما على الاخذ فينقلب الامر لان المدعى عليه يدفع المال لقطع
الخصومة عن نفسه وهذا رشوة ولنا ما تلونا واول ما روينا وتاويل اخره احل حراما
لعينه كالخمر او حرم حلالا لعينه كالصلح على ان لا يطأ الضرة ولان هذا صلح بعد
دعوى صحيحة فيقضى بجوازه لان المدعي ياخذه عوضا عن حقه في زعمه وهذا مشروع والمدعى عليه
يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا مشروع ايضا اذ المال وقاية الانفس ودفع الرشوة
لدفع الظلم امر جائز فان وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات ان وقع
عن مال بمال لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما
فيجري فيه الشفعة اذا كان عقارا ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الشرط والرؤية ويفسده
جهالة البدل لانها هي المفضية الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط ويشترط
القدرة على تسليم البدل وان وقع عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات لوجود معنى الاجارة
وهو تمليك المنافع بمال والاعتبار في العقود لمعانيها فيشترط التوقيت فيها ويبطل
الصلح بموت احدهما في المدة لانه اجارة والصلح عن السكوت والانكار في حق
المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة لما بينا ويجوز
ان يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة في حق المتعاقدين وغيرهما وهذا في

الانكار

ظاهر وكذا في السكوت لانه يحتمل الانكار والاقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك
واذا صالح عن دار لم تجب فيه الشفعة معناه اذا كان عن انكار او سكوت لانه يأخذها
على اصل حقه ويدفع المال دفعا لخصومة المدعي وزعم المدعي لا يلزمه بخلاف ما اذا
صالح على دار حيث تجب فيها الشفعة لان المدعي يأخذها عوضا عن ماله فكان معاوضة في حقه
فتلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعى عليه يكذبه واذا كان الصلح عن اقرار واستحق
بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه بحصته ذلك من العوض لانه معاوضة مطلقة كالبيع
وحكم الاستحقاق في البيع هذا وان وقع الصلح عن سكوت او انكار فاستحق المتنازع
فيه رجع المدعي بالخصومة ورد العوض لان المدعى عليه ما بذل العوض الا ليدفع
خصومته عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق تبين انه لا خصومة له فيبقى العوض في يده غير مشتمل
على غرضه فيسترده المدعى عليه وان استحق بعض ذلك رد حصته ورجع بالخصومة فيه لانه خلا
العوض في هذا القدر عن الغرض ولو استحق المصالح عليه عن اقرار رجع بكل
المصالح عنه لانه مبادلة وان استحق بعضه رجع بحصته وان كان الصلح عن انكار
او سكوت رجع الى الدعوى في كله او بقدر المستحق اذا استحق بعضه لان
المبدل هو الدعوى وهذا بخلاف ما اذا باع منه على الانكار شيئا حيث رجع بالمدعى
لان الاقدام على البيع اقرار منه بالحق له ولا كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة
ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين
وان ادعى حقا في دار لم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيئا من
العوض لان دعواه يجوز ان يكون فيما بقي بخلاف ما اذا استحق كله لانه يعرى العوض
عند ذلك عن شيء يقابله فيرجع بكله على ما قدمناه في البيوع ولو ادعى دارا فصولح على قطعة
منها لم يصح الصلح لان ما قبضه من عين حقه وهو على دعواه في الباقي والوجه فيه احد
امرين اما ان يزيد درهما في بدل الصلح فيصير ذلك عوضا عن حقه فيما بقي او يلحق به ذكر
البراءة عن دعوى الباقي فصل والصلح جائز عن دعوى الاموال لانه في معنى البيع
على ما مر قال والمنافع لانها تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح والاصل ان الصلح
يجب حمله على اقرب العقود اليه واشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقل ما امكن
قال ويصح عن جناية العمد والخطأ اما الاول فلقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء الآية

قال

قال ابن عباس رضي الله عنه انها نزلت في الصلح وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح
مسمى فيه صلح هنا اذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال الا ان عند فساد التسمية هنا يصار
الى الدية لانه موجب الدم ولو صالح على خمر لا يجب شيء لانه لا يجب بمطلق العفو وفي النكاح يجب
مهر المثل في الفصلين لانه الموجب الاصلي ويجب مع السكوت حكما ويدخل في اطلاق جواب
الكتاب الجناية في النفس وما دونه وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح
لانه حق التملك ولا حق في المحل قبل التملك اما القصاص فملك المحل في حق الفعل فيصح الاعتياض
عنه واذا لم يصح الصلح تبطل الشفعة لانه يبطل بالاعراض والسكوت والكفالة بالنفس
بمنزلة حق الشفعة حتى لا يجب المال عنه بالصلح غير ان في بطلان الكفالة روايتين على
ما عرف في موضعه واما الثاني وهو جناية الخطأ فلان موجبها المال فيصير بمنزلة
البيع الا انه لا تصح الزيادة على قدر الدية لانه مقدر شرعا فلا يجوز ابطاله فترد الزيادة
بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة على قدر الدية لان القصاص ليس بمال وانما
يتقوم بالعقد وهذا اذا صالح على احد مقادير الدية اما اذا صالح على غير ذلك جاز لانه مبادلة
بها الا انه يشترط القبض في المجلس كيلا يكون افتراقا عن دين بدين ولو قضى القاضي باحد
مقاديرها فصالح على جنس آخر منها بالزيادة جاز لانه تعين الحق بالقضاء وكان
مبادلة بخلاف الصلح ابتداء لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق
التعيين فلا تجوز الزيادة على ما تعين فلا يجوز من دعوى حد لانه حق الله تعالى لا حقه
فلا يجوز الاعتياض عن حق غيره ولهذا لا يجوز الاعتياض اذا ادعت المرأة نسب ولدها لانه حق الولد لا حقها وكذلك
لا يجوز الصلح عما اشرعه الى طريق العامة لانه حق العامة فلا يجوز ان يصالح واحد
على الانفراد عنه ويدخل في اطلاق الجواب حد القذف لان المغلب فيه حق الشرع
واذا ادعى رجل على امرأة نكاحا وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى
جاز وكان في معنى الخلع لانه امكن تصحيحه خلعا في جانبه بناء على زعمه وفي جانبها
بذلا للمال لدفع الخصومة قالوا ولا يحل له ان يأخذ فيما بينه وبين الله تعالى وتقدس
اذا كان مبطلا في دعواه قال وان ادعت امرأة نكاحا على رجل فصالحها
على مال بذله لها جاز قال رحمه الله هكذا ذكر في بعض نسخ المختصر وفي بعضها قال لم يجز
وجه الاول ان يجعل زيادة في مهرها وجه الثاني انه بذل لها المال لتترك الدعوى

فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة فان لم يجعل فالحال
على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شيء يقابله العوض فلم يصح وان ادعى على رجل انه عبده فصالحه
على مال اعطاه جاز وكان في حق المدعي بمنزلة الاعتاق على مال لانه امكن تصحيحه على هذا الوجه
في حقه لزعمه ولهذا يصح على حيوان في الذمة الى اجل وفي حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة
لانه يزعم انه حر الاصل فجاز الا انه لا ولاء له لانكار العبد الا ان يقيم البينة فتقبل ويثبت
الولاء واذا قتل العبد الماذون له رجلا عمدا لم يجز له ان يصالح عن نفسه وان قتل
عبد له رجلا عمدا فصالحه جاز ووجه الفرق ان رقبته ليست من تجارته ولهذا لا يملك
التصرف فيه بيعا وكذا استخلاصا بمال المولى وصار كالاجنبي اما عبده فمن تجارته
وتصرفه فيه نافذ بيعا وكذا استخلاصا وهذا لان المستحق كالزائل عن ملكه وهذا يشتريه
فيملكه ومن غصب ثوبا يهوديا قيمته دون المائة فاستهلكه فصالحه منها على مائة درهم
جاز عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه لان الواجب
هو القيمة وهي مقدرة فالزيادة عليها تكون ربا بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة
لا تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين
فلا تظهر الزيادة ولابي حنيفة رحمه الله ان حقه في الهالك باق حتى لو كان عبدا وترك
اخذ القيمة يكون الكفن عليه او حقه في مثله صورة ومعنى لان ضمان العدوان بالمثل
وانما يكون الكفن عليه او حقه في مثله صورة ومعنى وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء
فقبله اذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربوا بخلاف الصلح بعد القضاء
لان الحق قد انتقل الى القيمة واذا كان العبد بين رجلين اعتقه احدهما وهو موسر
فصالحه الآخر على اكثر من نصف قيمته فالفضل باطل وهذا بالاتفاق اما عندهما فلما بينا
والفرق لابي حنيفة رحمه الله ان القيمة في العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير
القاضي فلا يجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها وان صالحه على عروض
جاز لما بينا انه لا يظهر الفضل باب التبرع بالصلح والتوكيل به ومن وكل رجلا
بالصلح عنه فصالحه لم يلزم الوكيل ما صالح عليه الا ان يضمنه والمال لازم للموكل وتاويل
هذه المسئلة اذا كان الصلح عن دم العمد او كان الصلح على بعض ما يدعيه من الدين
لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح

الا انه

الا انه حينئذ هو مواخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح اما اذا كان عن مال بمال فهو بمنزلة
البيع فيرجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل قال وان
صالح رجل عنه بغير امره فهو على اربعة اوجه ان صالح بمال وضمنه تم الصلح لان الحاصل
للمدعى عليه الا البراءة وفي حقها هو والاجنبي عليه سواء فصلح اصيلا فيه اذا ضمنه كالفضولي
بالخلع اذا ضمن البدل ويكون متبرعا على المدعى عليه كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا
كان بامره ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعى وانما ذلك للذي في يديه لان تصحيحه بطريق
الاسقاط ولا فرق في هذا بينما اذا كان مقرا او منكرا وكذلك ان قال صالحتك على الفي
هذه او على عبدي هذا صح الصلح ولزمه تسليمها لانه لما اضافه الى مال نفسه فقد التزم تسليمه
فصح الصلح وكذا لو قال على الف وسلمها لان التسليم اليه يوجب سلامة العوض له فيتم العقد
لحصول مقصوده ولو قال صالحتك على الف فالعقد موقوف فان اجازه المدعى عليه جاز
ولزمه الالف وان لم يجزه بطل لان الاصل في العقد انما هو المدعى عليه لان دفع الخصومة
حاصل له الا ان الفضولي يصير اصيلا بواسطة اضافة الضمان الى نفسه فاذا لم يضف
بقي عاقدا من جهة المطلوب فيتوقف على اجازته قال رحمه الله ووجه آخر وهو ان يقول صالحتك
على هذا الالف او على هذا العبد ولم ينسبه الى نفسه لانه لما عينه للتسليم صار شارطا
سلامته له فيتم بقوله ولو استحق العبد او وجد به عيبا فرده فلا سبيل له على المصالح لانه
التزم الايفاء من محل بعينه ولم يلتزم شيئا سواه فان سلم المحل له تم الصلح وان لم يسلم
له لم يرجع عليه بشيء بخلاف ما اذا صالح على دراهم مسماة وضمنها ودفعها ثم استحقت او
وجدها زيوفا حيث يرجع عليه لانه جعل نفسه اصيلا في حق الضمان ولهذا يجبر على التسليم
فاذا لم يسلم له ما سماه رجع عليه ببدله والله اعلم باب الصلح في الدين وكل شيء وقع
عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه
واسقط باقيه كمن له على آخر الف درهم فصالحه على خمسمائة وكمن له على آخر الف جياد
فصالحه على خمسمائة زيوف جاز وكان ابراء عن بعض حقه وهذا لان تصرف العاقل يتحرى
تصحيحه ما امكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربوا فجعل اسقاطا للبعض في المسئلة
الاولى وللبعض والصفة في الثانية ولو صالحه على الف مؤجلة جاز وكانه اجل نفس الحق
لانه لا يمكن جعله معاوضة لان بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز فحملناه على التاخير ولو صالحه
على دنانير الى شهر لم يجز لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله على التاخير ولا وجه

سوى المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نسيئة لم يجز ولم يصح الصلح ولو كانت له الف مؤجلة
فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز لان المعجل خير من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بازاء ما حط
عنه وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام وان كان له الف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز
لان البيض غير مستحقة بعقد المداينة وهي زائدة وصفا فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة
وصف وهو ربوا بخلاف ما اذا صالح عن الالف البيض على خمسمائة سود لانه اسقاط كله
قدرا ووصفا وبخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو اجود لانه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر
بالصفة الا انه يشترط القبض في المجلس ولو كان عليه الف درهم ومائة دينار فصالحه
على مائة درهم حالة او الى شهر صح الصلح لانه امكن ان يجعل اسقاطا للدنانير كلها
والدراهم الا مائة وتاجيلا للباقي فلا يجعل معاوضة تصحيحا للعقد او لان معنى الاسقاط
فيه الزم ومن له على آخر الف درهم فقال اد الي غدا منها خمسمائة على انك بريء من الفضل
ففعل فهو بريء فان لم يدفع اليه الخمسمائة غدا عاد عليه الالف وهو قول ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف لا يعود عليه لانه ابراء مطلق الا يرى انه جعل اداء الخمسمائة عوضا
حيث ذكره بكلمة على للمعاوضة والاداء لا يصلح عوضا لكونه مستحقا عليه فجرى وجوده
مجرى عدمه فبقي الابراء مطلقا فلا يعود كما اذا بدأ بالابراء ولهما ان هذا ابراء مقيد
بالشرط فيفوت بفواته لانه بدأ باداء الخمسمائة في الغد وانه يصلح غرضا حذار افلاسه
او توسلا الى تجارة اربح منه وكلمة على ان كانت للمعاوضة فهي تحتمله للشرط لوجود
معنى المقابلة فيه فيحمل عليه عند تعذر حمله على المعاوضة تصحيحا لتصرفه او لانه متعارف
والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به كما في الحوالة وستخرج البداية
بالابراء ان شاء الله تعالى قال رضي الله عنه وهذه المسئلة على وجوه احدها
ما ذكرناه والثاني اذا قال صالحتك من الالف على خمسمائة تدفعها الي غدا
وانت بريء من الفضل على انك ان لم تدفعها الي غدا فالالف عليك على حاله وجوابه
ان الامر على ما قال لانه اتى بصريح التقييد فيعمل به والثالث اذا قال ابرأتك من خمسمائة
من الالف على ان تعطيني الخمسمائة غدا فالابراء فيه واقع اعطى الخمسمائة او لم يعط لانه
اطلق الابراء اولا واداء الخمسمائة لا يصلح عوضا مطلقا ولكنه يصلح شرطا فوقع
الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد به بخلاف ما اذا بدأ باداء خمسمائة لان الابراء حصل
مقرونا به فمن حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع

مطلقا

مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا والرابع اذا قال اد الي خمسمائة على انك بريء
من الفضل ولم يوقت للاداء وقتا وجوابه انه يصح الابراء ولا يعود الدين لان هذا ابراء
مطلق لانه لما لم يوقت وقتا لا يكون الاداء غرضا صحيحا لانه واجب عليه في مطلق
الازمان فلم يتقيد بل يحمل على المعاوضة فلا يصلح عوضا بخلاف ما تقدم لان الاداء في الغد
غرض صحيح والخامس اذا قال ان اديت الي خمسمائة او قال اذا اديت او متى
اديت والجواب فيه انه لا يصح الابراء لانه علقه بالشرط صريحا وتعليق البراءات بالشروط
باطل لما فيها من معنى التمليك حتى ترتد بالرد بخلاف ما تقدم لانه ما اتى بصريح الشرط فحمل
على التقييد به ومن قال لآخر لا اقر لك بمالك حتى تؤخره عني او تحط عني ففعل جاز عليه
لانه ليس بمكره لامكانه اقامة البينة او التحليف ومعنى المسئلة اذا قال ذلك سرا اما اذا
قال علانية يؤخذ به فصل في الدين المشترك واذا كان الدين بين شريكين فصالح احدهما
من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وان شاء
اخذ نصف الثوب الا ان يضمن له شريكه ربع الدين واصل هذا ان الدين
المشترك بين اثنين اذا قبض احدهما شيئا منه فلصاحبه ان يشاركه في المقبوض
لانه ازداد بالقبض اذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة
الى اصل الحق فتصير كزيادة الولد والثمرة وله حق المشاركة ولكنه قبل المشاركة باق
على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه حتى ينفذ
فيه تصرفه ويضمن لشريكه حصته والدين المشترك ان يكون واجبا بسبب متحد كثمن
المبيع اذا كان صفقة واحدة وثمن المال المشترك والموروث بينهما وقيمة المستهلك
المشترك اذا عرفنا هذا فنقول في مسئلة الكتاب له ان يتبع الذي عليه الاصل لان
نصيبه باق في ذمته لان القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة وان شاء اخذ
نصف الثوب لان له حق المشاركة الا ان يضمن له شريكه ربع الدين لان حقه في ذلك
ولو استوفى نصيبه من الدين كان لشريكه ان يشركه فيما قبض لما قلنا ثم يرجعان
على الغريم بالباقي لانهما اشتركا في المقبوض لا بد ان يبقى الباقي على الشركة
ولو اشترى احدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه ان يضمنه ربع الدين لانه صار
قابضا حقه بالمقاصة كملا لان مبنى البيع على المماكسة بخلاف الصلح لان مبناه على الاغماض
والحطيطة فلو الزمناه دفع ربع الدين يتضرر به فيتخير القابض كما ذكرنا ولا سبيل

للشريك على الثوب في البيع لانه ملكه بعقده والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين
الدين وللشريك ان يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا لان حقه في ذمته باق لان القابض
استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله ان لا يشاركه فلو سلم له ما قبض ثم توى ما
على الغريم له ان يشارك القابض لانه رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم
ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه
لا مقتض ولو ابرأه عن نصيبه فكذلك لانه اتلاف وليس بقبض ولو ابرأه عن البعض
كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام ولو اخر احدهما عن نصيبه صح عند ابي يوسف
اعتبارا بالابراء المطلق ولا يصح عندهما لانه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض ولو غصب
احدهما عينا منه او اشتراه شراء فاسدا وهلك في يده فهو قبض والاستيجار بنصيبه
قبض وكذا الاحراق عند محمد رح خلافا لابي يوسف رح والتزوج به اتلاف في ظاهر الرواية وكذا
الصلح عليه عن جناية العمد واذا كان السلم بين شريكين فصالح احدهما من نصيبه على راس
المال لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح يجوز الصلح اعتبارا بسائر الديون
وبما اذا اشتريا عبدا فاقال احدهما في نصيبه ولهما انه لو جاز في نصيبه خاصة
يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا بد من اجازة الآخر بخلاف شراء العين
وهذا لان المسلم فيه صار واجبا بالعقد والعقد قام بهما فلا ينفرد احدهما برفعه ولانه
لو جاز لشاركه في المقبوض فاذا شاركه فيه يرجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي
الى عود السلم بعد سقوطه قالوا هذا اذا خلطا راس المال فان لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه
الاول هو على الاختلاف وعلى الوجه الثاني على الاتفاق

فصل

واذا كانت التركة
بين ورثة فاخرجوا احدهم منها بمال اعطوه اياه والتركة عقار او عروض جاز قليلا
كان ما اعطوه اياه او كثيرا لانه امكن تصحيحه بيعا وفيه اثر عثمان رضي الله عنه فانه صالح
تماضر الاشجعية امراة عبد الرحمن بن عوف عن ربع ثمنها على ثمانين الف دينار
واذا كانت التركة فضة فاعطوه ذهبا او كان ذهبا فاعطوه فضة فهو كذلك لانه
بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي ويعتبر التقابض في المجلس لانه صرف غير ان
الذي في يده بقية التركة ان كان جاحدا يكتفى بذلك القبض لانه قبض ضمان فينوب
عن قبض الصلح وان كان مقرا لا بد من تجديد القبض لانه قبض امانة فلا ينوب عن قبض
الصلح وان كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك وصالحوه على ذهب او فضة

فلا بد

فلا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية
التركة احترازا عن الربوا ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لانه صرف
في هذا المقدار ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا لعدم الربوا ولو كان في التركة
دراهم ودنانير وبدل الصلح دراهم ودنانير ايضا جاز الصلح كيف ما كان صرفا للجنس الى خلاف
الجنس كما في البيع لكن يشترط فيه التقابض للصرف واذا كان في التركة دين على الناس فادخلوه
في الصلح على ان يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين لهم فالصلح باطل لان فيه تمليك الدين من غير من
عليه وهو حصة المصالح وان شرطوا ان يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح
جائز لانه اسقاط او هو تمليك الدين ممن عليه وهذه حيلة الجواز واخرى ان يعجلوا قضاء نصيبه
متبرعين وفي الوجهين ضرر لبقية الورثة والاوجه ان يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما
وراء الدين ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة
والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربوا وقيل يجوز لانه شبهة الشبهة ولو كانت
غير المكيل والموزون لكنها اعيان غير معلومة قيل لا يجوز لكونه بيعا اذ المصالح عنه عين والاصح انه يجوز
لانها لا تفضي الى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثة فان كانت على الميت دين
مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة لان التركة لم يتملكها الوارث وان لم يكن مستغرقا لا ينبغي
ان يصالحوا ما لم يقضوا دينه فيقدم حاجة الميت ولو فعلوا قالوا يجوز وذكر الكرخي في القسمة انها لا تجوز
استحسانا وتجوز قياسا والله اعلم

كتاب المضاربة

المضاربة مشتقة من الضرب في الارض
سمي به لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله وهي مشروعة للحاجة اليها فان الناس بين
غني بالمال غبي عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف صفر اليد عنه فمست الحاجة الى شرع
هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغبي والذكي والفقير والغني وبعث النبي صلى الله عليه وسلم
والناس يباشرونه فقررهم عليه وتعاملت به الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين ثم
المدفوع الى المضارب امانة في يده لانه قبضه بامر مالكه لا على وجه البدل والوثيقة وهو
وكيل فيه لانه يتصرف فيه بامر مالكه واذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءا من المال بعمله واذا
فسدت ظهرت الاجارة حتى استوجب العامل اجر مثله واذا خالف كان غاصبا
لوجود التعدي منه على مال غيره قال المضاربة عقد على الشركة بمال من احد الجانبين و
مراده الشركة في الربح وهو يستحق بالمال من احد الجانبين والعمل من الجانب الآخر ولا
مضاربة بدونها الا ترى ان الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط جميعه

للمضارب كان قرضا ولا تصح الا بالمال الذي تصح به الشركة وقد تقدم بيانه من قبل ولو دفع اليه عرضا
وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز لانه يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة فلا
مانع وكذا اذا قال له اقبض مالي على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا بخلاف ما اذا قال له
اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث لا تصح المضاربة لان عند ابي حنيفة لا يصح هذا التوكيل على ما مر
في البيوع وعندهما يصح لكن يقع الملك في المشترى للعامل فيصير مضاربة بالعرض ومن شرطها
ان يكون الربح بينهما مشاعا لا يستحق احدهما دراهم مسماة لان شرط ذلك يقطع
الشركة بينهما ولا بد منها كما في عقد الشركة فان شرط زيادة عشرة فله اجر مثله لفساده
فلعله لا يربح الا هذا القدر فتنقطع الشركة في الربح وهذا لانه ابتغى عن منافعه عوضا ولم ينل لفساده
والربح لرب المال لانه نماء ملكه وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة ولا يجاوز بالاجر
القدر المشروط عند ابي يوسف رح خلافا لمحمد رح كما بينا في الشركة ويجب الاجر وان لم يربح في
رواية الاصل لان اجر الاجير يجب بتسليم المنافع او العمل وقد وجد وعن ابي يوسف انه لا يجب
اعتبارا بالمضاربة الصحيحة مع انها فوقها والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك
اعتبارا بالصحيحة ولانه عين مستاجر في يده وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال
مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الوضيعة
على المضارب ولا بد ان يكون المال مسلما الى المضارب ولا يد لرب المال فيه لان المال
امانة في يده فلا بد من التسليم اليه وهذا بخلاف الشركة لان المال في المضاربة من احد الجانبين
والعمل من الجانب الآخر فلا بد من ان يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه اما العمل في الشركة
من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لاحدهما لم تنعقد الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد
للعقد لانه يمنع خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود سواء كان المالك عاقدا
او غير عاقد كالصغير لان يد المالك ثابتة له وبقاء يده يمنع التسليم الى المضارب وكذا احد
المتفاوضين واحد شريكي العنان اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه لقيام الملك
له وان لم يكن عاقدا واشتراط العمل على العاقد مع المضارب وهو غير مالك يفسده ان لم يكن
من اهل المضاربة فيه كالماذون بخلاف الاب والوصي لانهما من اهل ان ياخذا مال الصغير
مضاربة بانفسهما فكذا اشتراطه عليهما بجزء من المال واذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب
ان يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع لاطلاق العقد والمقصود منه الاسترباح
ولا يتحصل الا بالتجارة فينتظم العقد صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار والتوكيل من صنيعهم

وكذا الابضاع

250

وكذا الابضاع والايداع والمسافرة الا ترى ان المودع له ان يسافر فالمسافر اولى كيف وان اللفظ
دليل عليه لانها مشتقة من الضرب في الارض وهو السير وعن ابي يوسف رح انه ليس له ان يسافر وعنه
عن ابي حنيفة رح انه ان دفع في بلده ليس له ان يسافر لانه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وان دفع
في غير بلده له ان يسافر الى بلده لانه هو المراد في الغالب والظاهر ما ذكر في الكتاب قال ولا يضارب
الا ان ياذن له رب المال او يقول له اعمل برايك لان الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما في القوة فلا بد
من التنصيص عليه او التفويض المطلق اليه وكان كالتوكيل فان الوكيل لا يملك ان يوكل غيره
الا اذا قيل له اعمل برايك بخلاف الايداع والابضاع لانه دونه فيتضمنه وبخلاف الاقراض
منه وهو تبرع كالهبة والصدقة فلا يحصل به الغرض وهو الربح لانه لا تجوز الزيادة عليه اما الدفع
مضاربة فمن صنيعهم وكذا الشركة والخلطة بمال نفسه فيدخل تحت هذا القول وان خص له رب
المال التصرف في بلد بعينه او في سلعة بعينها لم يجز له ان يتجاوزها لانه توكيل وفي التخصيص فائدة
فيتخصص وكذا ليس له ان يدفعه بضاعة الى من يخرجها من تلك البلدة لانه لا يملك الاخراج
بنفسه فلا يملك تفويضه الى غيره قال وان خرج الى غير تلك البلد فاشترى ضمن وكان ذلك
له وربحه لانه تصرف فيه بغير امره وان لم يشتر حتى رده الى الكوفة مثلا وهي التي عينها برئ
من الضمان كالمودع اذا خالف في الوديعة ثم ترك ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه
في يده بالعقد السابق وكذا اذا رد بعضه واشترى ببعضه في المصر كان المردود والمشترى
في المصر على المضاربة لما قلنا ثم شرط الشراء بها هاهنا وهو رواية الجامع الصغير وفي كتاب المضاربة
ضمنه بنفس الاخراج والصحيح ان بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر الذي عينه
اما الضمان فوجوبه بنفس الاخراج وانما شرط الشراء للتقرر لا لاصل الوجوب وهذا بخلاف
ما اذا قال على ان تشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لان المصر مع تباين اطرافه
كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهي بان قال اعمل في السوق ولا تعمل في غيره
لانه صرح بالحجر والولاية اليه ومعنى التخصيص ان يقول له على ان تعمل كذا او في مكان كذا وكذا
اذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لانه تفسير له او قال فاعمل به في الكوفة لان الفاء للوصل
او قال خذه بالنصف بالكوفة لان الباء للالصاق اما اذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة
فله ان يعمل فيها وفي غيرها لان الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة ولو قال على ان تشتري من فلان
وتبيع منه صح التقييد لانه مفيد لزيادة الثقة به في المعاملة بخلاف ما اذا قال على ان

حتى لا يملكه وان قيل له اعمل برايك لان المراد منه التعميم فيما هو صنيع التجار وليس الاقراض منه

من اهل الكوفة او دفع في الصرف على ان يشتري به من الصيارفة ويبيع منهم فباع بالكوفة
من غير اهلها او من غير الصيارفة جاز لان فائدة الاول التقييد بالمكان وفائدة الثاني
التقييد بالنوع هذا هو المراد عرفا لا فيما وراء ذلك وكذلك ان وقت للمضاربة وقتا
بعينه يبطل العقد بمضيه لانه توكيل فيتوقت بما وقته والتوقيت مفيد وانه
تقييد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع والمكان وليس للمضارب ان يشتري من يعتق
على رب المال لقرابة او غيرها لان العقد وضع لتحصيل الربح وذلك بالتصرف مرة بعد
اخرى ولا يتحقق فيه لعتقه ولهذا لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كشراء
الخمر والشراء بالميتة بخلاف البيع الفاسد لانه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود ولو فعل
صار مشتريا لنفسه دون المضاربة لان الشراء متى وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كالوكيل
بالشراء اذا خالف فان كان في المال ربح لم يجز له ان يشتري من يعتق عليه لانه
يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال او يعتق على الاختلاف المعروف فيمتنع التصرف
فلا يحصل المقصود وان اشتراهم ضمن مال المضاربة لانه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن بالنقد
من مال المضاربة وان لم يكن في المال ربح جاز ان يشتريهم لانه لا مانع من التصرف اذ لا شركة
له فيه ليعتق عليه فان زادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم لملكه بعض قريبه ولم يضمن
رب المال شيئا لانه لا صنع من جهته في زيادة القيمة ولا في ملكه الزيادة لان هذا
شيء يثبت من طريق الحكم فصار كما اذا ورثه مع غيره ويسعى العبد في قيمة نصيبه
لانه احتبست ماليته عنده فيسعى فيه كما في الوراثة وان كان مع المضارب الف
بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها الف فوطئها فجاءت بولد وان كان مع
يساوي الفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام الفا وخمسمائة والمدعي موسر فان شاء
رب المال استسعى الغلام في الف ومائتين وخمسين وان شاء اعتق ووجه
ذلك ان الدعوة صحيحة في الظاهر حملا على فراش النكاح لكنه لم ينفذ لفقد شرطه وهو
الملك لعدم ظهور الربح لان كل واحد منهما اعني الام والولد مستحق براس المال كمال
المضاربة اذا صار اعيانا كل عين منها يساوي راس المال لا يظهر الربح كذا هذا فاذا
زادت قيمة الغلام الآن ظهر الربح فنفذت الدعوة السابقة بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم ازدادت
القيمة لان ذلك انشاء فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك اما هذا

اخبار فجاز ان ينفذ عند حدوث الملك كما اذا اقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه واذا صحت
الدعوة وثبت النسب عتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال شيئا من قيمة
الولد لان عتقه بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف اليه ولا صنع له فيه وهذا ضمان
اعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد وله ان يستسعي الغلام لانه احتبست ماليته عنده وله
ان يعتق لان المستسعى كالمكاتب عند ابي حنيفة ويستسعيه في الف ومائتين وخمسين
لان الالف مستحق براس المال والخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار
ثم اذا قبض رب المال الالف له ان يضمن المدعي نصف قيمة الام لان الالف المأخوذ
لما استحق براس المال لكونه مقدما في الاستيفاء ظهر ان الجارية كلها ربح فيكون بينهما
وقد تقدمت دعوة صحيحة لاحتمال الفراش الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها لفقد الملك فاذا
ظهر الملك نفذت تلك الدعوة فصارت الجارية ام ولد له ويضمن نصيب رب المال
لان هذا ضمان تملك وضمان التملك لا يستدعي صنعا كما اذا استولد جارية بالنكاح
ثم ملكها هو وغيره وراثة يضمن نصيب شريكه كذا هذا بخلاف ضمان الولد على ما مر

باب المضارب يضارب

قال واذا دفع المضارب المال الى غيره مضاربة ولم ياذن له
رب المال في ذلك لم يضمن بالدفع ولا يتصرف المضارب الثاني حتى يربح فاذا ربح ضمن
الاول لرب المال قال رحمه الله وهذا رواية الحسن عن ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد اذا عمل به ضمن ربح او لم يربح وهو ظاهر الرواية وقال زفر يضمن بالدفع عمل
او لم يعمل وهو رواية عن ابي يوسف لان المملوك له الدفع على وجه الايداع وهذا الدفع
على وجه المضاربة ولهما ان الدفع ايداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان
الحال مراعى قبله ولابي حنيفة ان الدفع قبل العمل ايداع وبعده ابضاع والفعلان يملكهما
فلا يضمن بهما الا انه اذا ربح فقد اثبت له شركة في المال فيضمن كما لو خلطه بغيره وهذا اذا كانت
المضاربة صحيحة فان كانت فاسدة لا يضمنه الاول وان عمل الثاني لانه اجير فيه وله اجر
مثله فلا يثبت الشركة ثم ذكر في الكتاب يضمن الاول ولم يذكر الثاني وقيل ينبغي ان لا يضمنه
الثاني عند ابي حنيفة وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع وقيل رب المال
بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني بالاجماع وهو المشهور وهذا عندهما
وكذا عنده ووجه الفرق له بين هذه وبين مودع المودع ان المودع الثاني يقبضه لمنفعة

الأول فلا يكون ضامناً أما المضارب الثاني يعمل فيه لنفسه فجاز أن يكون ضامناً ثم إن
ضمن الأول صحت المضاربة لأنه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع إلى غيره لا على الوجه الذي
رضي به فصار كما إذا دفع مال نفسه وإن ضمن الثاني رجع على الأول بالعقد فتصح
المضاربة والربح على الأول بالعقد لأنه عامل له كما في المودع ولأنه مغرور من جهته في ضمن
العقد فتصح المضاربة والربح بينهما على ما شرطا لأن قرار الضمان على الأول فكأنه ضمنه
ابتداء ويطيب الربح للثاني ولا يطيب للأعلى لأن الأسفل يستحقه بعمله ولا خبث في العمل
والأعلى يستحقه بملكه المستند بأداء الضمان ولا يعرى عن نوع خبث قال وإن دفع إليه رب
المال مضاربة بالنصف وأذن له أن يدفعه إلى غيره مضاربة فدفعه بالثلث وقد تصرف
الثاني وربح فإن كان رب المال قال له على أن ما رزق الله تعالى فهو بيننا نصفان
فلرب المال النصف وللمضارب الثاني الثلث وللمضارب الأول السدس لأن الدفع
إلى الثاني مضاربة قد صح لوجود الأمر به من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف
جميع ما رزق الله فلم يبق للأول إلا النصف فينصرف تصرفه إلى نصيبه وقد جعل من ذلك
بقدر ثلث الجميع للثاني فيكون له فلم يبق إلا السدس ويطيب لهما لأن فعل الثاني واقع
للأول كمن استؤجر على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر غيره عليه بنصف درهم وإن كان
قال له على أن ما رزقك الله فهو بيننا نصفان فللمضارب الثاني الثلث والباقي
بين المضارب الأول ورب المال نصفان لأنه فوض إليه التصرف وجعل لنفسه نصف ما رزق
الأول وقد رزق الثلثين فيكون بينهما بخلاف الأول لأنه جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا
ولو كان قال له فما ربحت من شيء فبيني وبينك نصفان وقد دفع مضاربة إلى غيره
بالنصف فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ولا شيء للمضارب الأول
لأنه جعل لنفسه نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الأول النصف للثاني إلى جميع نصيبه
للثاني بالشرط ويخرج الأول بغير شيء كمن استؤجر ليخيط ثوباً بدرهم فاستأجر غيره
وإن شرط للمضارب الثاني ثلثي الربح فلرب المال النصف وللمضارب الثاني
النصف ويضمن المضارب الأول للثاني سدس الربح في ماله لأنه شرط للثاني شيئاً هو
مستحق لرب المال فلم ينفذ في حقه لما فيه من الإبطال لكن التسمية في نفسها صحيحة لكون المسمى
معلوماً في عقد يملكه وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء ولأنه غره في ضمن العقد وهو سبب الرجوع

فلهذا

فلهذا يرجع عليه وهو نظير من استؤجر لخياطة ثوب بدرهم فدفعه إلى من يخيطه بدرهم ونصف
فصل وإذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح
على أن يعمل معه ولنفسه ثلث فهو جائز لأن للعبد يداً معتبرة خصوصاً إذا كان
مأذوناً له واشتراط العمل إذن له ولهذا لا يكون للمولى ولاية أخذ ما أودعه العبد
وإن كان محجوراً عليه ولهذا يجوز بيع المولى من عبده المأذون وإذا كان كذلك لم يكن مانعاً من التسليم
والتخلية بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لأنه مانع من التسليم
على ما مر وإذا صحت المضاربة يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى لأن كسب
العبد للمولى إذا لم يكن عليه دين وإذا كان عليه دين فهو للغرماء هذا إذا كان العاقد هو المولى
ولو عقد العبد المأذون عقد المضاربة مع أجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح إن لم يكن عليه
دين لأن هذا اشتراط العمل على المالك وإن كان على العبد دين صح عند أبي حنيفة لأن
المولى بمنزلة الأجنبي عنده على ما عرف فصل في العزل والقسمة وإذا مات رب المال
أو المضارب بطلت المضاربة لأنه توكيل على ما تقدم وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت
الوكيل ولا تورث الوكالة وقد مر من قبل وإن ارتد رب المال عن الإسلام والعياذ بالله ولحق
بدار الحرب بطلت المضاربة لأن اللحوق بمنزلة الموت ألا ترى أنه يقسم ماله بين ورثته
وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند أبي حنيفة لأنه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه
ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها لأن له عبارة صحيحة ولا توقف
في ملك رب المال فبقيت المضاربة فإن عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله
حتى اشترى وباع فتصرفه جائز لأنه وكيل من جهته وعزل الوكيل يتوقف على علمه
وإن علم بعزله والمال عروض فله أن يبيعها ولا يمنعه العزل من ذلك لأن حقه قد ثبت
في الربح وإنما يظهر بالقسمة وهي تبتنى على رأس المال وإنما ينض بالبيع ثم لا يجوز له
أن يشتري بثمنها شيئاً آخر لأن العزل إنما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت
حيث صار نقداً فيعمل العزل فإن عزله ورأس المال دراهم أو دنانير قد نضت لم يجز له
أن يتصرف فيها لأنه ليس في إعمال عزله إبطال حقه في الربح فلا ضرورة قال رحمه الله
وهذا الذي ذكره إذا كان من جنس رأس المال فإن لم يكن بأن كان دراهم ورأس المال
دنانير أو على العكس له أن يبيعها بجنس رأس المال استحساناً لأن الربح لا يظهر إلا به

وصار كالعروض وعلى هذا موت رب المال ولحوقه بعد الردة في العروض ونحوها واذا افترقا
وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه اجبره الحاكم على اقتضاء الديون لانه بمنزلة الاجير
لان الربح كالاجرة له وان لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على
ايفاء ما تبرع به ويقال وكل رب المال في الاقتضاء لان حقوق العقد ترجع الى العاقد فلا بد
من توكيله وتوكله كيلا يضيع حقه وفي الجامع الصغير يقال له احل رب المال مكان قوله
وكل رب المال والمراد منه الوكالة وعلى هذا سائر الوكالات والبياع والسمسار
يجبران على التقاضي لانهما يعملان باجرة عادة وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح
دون راس المال لان الربح تابع وصرف الهلاك الى ما هو التبع اولى كما يصرف الهلاك
الى العفو في الزكوة فان زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب لانه امين وان كانا
يقتسمان الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال كله او بعضه ترادا الربح حتى يستوفي رب المال
راس المال لان قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء راس المال لانه هو الاصل وهذا بناء
عليه وتبع له فاذا هلك ما في يد المضارب امانة تبين ان ما استوفياه من راس المال
فيضمن المضارب ما استوفاه لانه اخذه لنفسه وما اخذ رب المال محسوب من راس ماله
فان فضل شيء كان بينهما لانه ربح وان نقص فلا ضمان على المضارب لما بينا ولو اقتسما
الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها فهلك المال لم يترادا الربح الاول لان المضاربة الاولى
قد انتهت والثانية عقد جديد فهلاك المال في الثاني لا يوجب انتقاض الاول
كما اذا دفع اليه مالا آخر فصل فيما يفعله المضارب قال ويجوز للمضارب ان يبيع
بالنقد والنسيئة لان كل ذلك من صنيع التجار فينتظمه اطلاق العقد الا اذا باع الى اجل لا
يبيع التجار اليه لان له الامر العام المعروف بين الناس ولهذا كان له ان يشتري دابة للركوب
وليس له ان يشتري سفينة للركوب وله ان يستكريها اعتبارا لعادة التجار وله ان
ياذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لانه من صنيع التجار ولو باع بالنقد
ثم اخر الثمن جاز بالاجماع اما عندهما فلان الوكيل يملك ذلك فالمضارب اولى الا ان
المضارب لا يضمن لان له ان يقايل ثم يبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل لانه لا يملك ذلك
واما عند ابي حنيفة ويوسف رح فلانه يملك الاقالة ثم البيع بالنسيئة بخلاف الوكيل لانه لا يملك
الاقالة ولو احتال بالثمن على الايسر او الاعسر جاز لان الحوالة من عادة التجارة بخلاف

الوصي يحتال بمال اليتيم حيث فيه الانظر لان تصرفه مقيد بشرط النظر والاصل
ان ما يفعله المضارب ثلثة انواع نوع يملكه بمطلق المضاربة وهو ما يكون من باب
المضاربة وتوابعها وهو ما ذكرنا ومن جملته التوكيل بالبيع والشراء للحاجة اليه والرهن
والارتهان لانه ايفاء واستيفاء والاجارة والاستيجار والايداع والابضاع
والمسافرة على ما ذكرنا من قبل ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه اذا قيل اعمل برايك
وهو ما يحتمل ان يلحق به فيلحق عند وجود الدلالة وذلك مثل دفع المال مضاربة او شركة
الى غيره او خلط مال المضاربة بماله او بمال غيره لان رب المال رضي بشركته وهو امر
عارض لا يتوقف عليه التجارة فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه جهة في التثمير فمن هذا
الوجه يوافقه فيدخل فيه عند وجود الدلالة وقوله اعمل برايك دلالة على ذلك ونوع
لا يملكه بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برايك الا ان ينص عليه رب المال وهو الاستدانة
وهو ان يشتري بالدراهم والدنانير بعد ما اشترى براس المال السلعة وما اشبه ذلك
لانه يصير المال زائدا على ما انعقد عليه المضاربة وهو لا يرضى به ولا يشغل ذمته بالدين
ولو اذن له رب المال في الاستدانة صار المشترى بينهما بمنزلة شركة الوجوه واخذ
السفاتج لانه نوع من الاستدانة وكذا اعطاؤها لانه اقراض والعتق بمال وبغير
مال والكتابة لانه ليس بتجارة والاقراض والهبة والصدقة لانه تبرع محض
ولا يزوج عبدا ولا امة من مال المضاربة وعن ابي يوسف رح انه يزوج الامة لانه
من باب الاكتساب الا يرى انه يستفيد به المهر وسقوط النفقة ولهما انه ليس بتجارة
والعقد لا يتضمن الا التوكيل بالتجارة وصار كالكتابة والاعتاق على مال فانه اكتساب
ولكن لما لم يكن بتجارة لم يكن يدخل تحت مطلق المضاربة كذا هذا فان دفع شيئا من مال
المضاربة الى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة وقال
زفر تفسد المضاربة لان رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه فيصير مستردا
ولهذا لا يصح اذا شرط العمل عليه ابتداء ولنا ان التخلية قد تمت وصار التصرف حقا
للمضارب فيصلح رب المال وكيلا عنه في التصرف والابضاع توكيل منه فلا يكون استردادا
بخلاف شرط العمل عليه في الابتداء لانه يمنع التخلية وبخلاف ما اذا دفع المال الى رب المال
مضاربة حيث لا يصح لان المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال

ههنا فلو جوزناه يؤدي الى قلب الموضوع واذا لم يصح بقي عمل رب المال بامر المضارب فلا يبطل به المضاربة الاولى واذا عمل المضارب في المصر فليست نفقته في المال
فان سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه في المال ومعناه شراء وكراء في المال ووجه
الفرق ان النفقة تجب بازاء الاحتباس كنفقة القاضي ونفقة المراة والمضارب في المصر
ساكن بالسكنى الاصلي فاذا سافر صار محبوسا بالمضاربة فيستحق النفقة فيه وهذا بخلاف
الاجير لانه يستحق البدل لا محالة فلا يتضرر بالانفاق من ماله اما المضارب فليس له الا الربح
وهو في حيز التردد فلو انفق من ماله يتضرر به وبخلاف المضاربة الفاسدة لانه اجير وبخلاف
البضاعة لانه متبرع ولو بقي شيء في يده بعدما قدم مصره رده في المضاربة لانتهاء
الاستحقاق ولو كان خروجه دون السفر فان كان بحيث يغدو ثم يروح ويبيت باهله
فهو بمنزلة السوقي في المصر وان كان بحيث لا يبيت باهله فنفقته في مال المضاربة لان خروجه
للمضاربة والنفقة هي ما يصرف الى الحاجة الراتبة وهو ما ذكرنا ومن ذلك غسل ثيابه واجرة
اجير يخدمه وفراش ينام عليه وعلف دابة يركبها والدهن في موضع يحتاج اليه عادة
كالحجاز وانما يطلق في جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن الفضل ان جاوزه اعتبارا للمتعارف
فيما بين التجار واما الدواء ففي ماله في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رح انه يدخل في النفقة
لانه لاصلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة الا به فصار كالنفقة وجه الظاهر ان النفقة معلوم
الوقوع والى الدواء لعارض المرض ولهذا كانت نفقة المراة على الزوج ودواؤها في مالها
واذا ربح اخذ رب المال ما انفق من راس المال فان باع المتاع مرابحة حسب ما انفق
في الحملان ونحوه ولا يحتسب ما انفق على نفسه لان العرف جار بالحاق الاول دون
الثاني ولان الاول يوجب زيادة في المالية بزيادة القيمة والثاني لا يوجبها وان كان
معه الف فاشترى بها ثيابا فقصرها او حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برايك
فهو متطوع لانه استدانة على رب المال فلا ينتظمه هذا المقال على ما مر وان صبغها
احمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه لانه عين مال قائم به حتى اذا بيع كان له حصة
الصبغ وحصة الثوب الابيض على المضاربة بخلاف القصارة والحمل لانه ليس
بعين مال قائم به ولهذا لو فعله الغاصب ضاع ولا يضيع اذا صبغ المغصوب
واذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برايك انتظامه الخلطة ولا يضمنه

فصل

فصل آخر فان كان معه الف بالنصف فاشترى بها بزا فباعه بالفين واشترى
بالالفين عبدا فلم ينقدهما حتى ضاعا يغرم رب المال الفا وخمسمائة والمضارب خمسمائة
ويكون ربع العبد للمضارب وثلثة ارباعه على المضاربة قال رضي الله عنه هذا الذي
ذكره حاصل الجواب لان الثمن كله على المضارب اذ هو العاقد الا ان له حق الرجوع
على رب المال بالف وخمسمائة على ما نبين فيكون عليه في الآخرة ووجهه انه لما نض
المال ظهر الربح وله منه خمسمائة فاذا اشترى بالالفين عبدا صار مشتريا ربعه لنفسه وثلثة
ارباعه للمضاربة على حسب انقسام الالفين فاذا ضاعت الالفان وجب عليه الثمن لما بينا
وله الرجوع بثلثة ارباع الثمن على رب المال لانه وكيل من جهته فيه ويخرج نصيب المضارب
وهو الربع من المضاربة لانه مضمون عليه ومال المضاربة امانة وبينهما منافاة ويبقى
ثلثة ارباع العبد على المضاربة لانه ليس فيه ما ينافي المضاربة ويكون راس المال الفين
وخمسمائة لانه دفع مرة الفا ومرة الفا وخمسمائة ولا يبيعه مرابحة الا على الفين لانه اشتراه
بالفين ويظهر ذلك فيما اذا بيع العبد باربعة الاف فحصة المضاربة ثلثة الاف يرفع راس
المال ويبقى خمسمائة ربح بينهما وان كان معه الف فاشترى رب المال عبدا
بخمسمائة وباعه اياه بالف يبيعه مرابحة على خمسمائة لان هذا البيع مقضي بجوازه
لتغاير المقاصد دفعا للحاجة وان كان بيع ملكه بملكه الا ان فيه شبهة
العدم ومبنى المرابحة على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر اقل
الثمنين ولو اشترى المضارب عبدا بالف وباعه من رب المال بالف ومائتين
باعه مرابحة بالف ومائة لانه اعتبر عدما في حق نصف الربح
وهو نصيب رب المال وقد مر في البيوع فان كان معه الف بالنصف فاشترى
بها عبدا قيمته الفان فقتل العبد رجلا خطأ فثلثة ارباع الفداء على رب
المال وربعه على المضارب لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدر الملك
وقد كان الملك بينهما ارباعا لانه لما صار المال عينا واحدا ظهر فيه الربح
وهو الف بينهما والف لرب المال براس ماله لان قيمته الفان واذا فديا
خرج العبد عن المضاربة اما نصيب المضارب فلما بينا ونصيب رب
المال فلقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما لما انه يتضمن قسمة

العبد بينهما والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم لان جميع الثمن فيه على المضارب
وان كان له حق الرجوع فلا حاجة الى القسمة ولان العبد كالزائل عن ملكها بالجناية
ودفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما ارباعا لا على المضاربة يخدم المضارب
يوما ورب المال ثلثة ايام فان كان معه الف فاشترى بها عبدا فلم ينقدها حتى
هلكت يدفع ذلك الثمن وراس المال جميع ما يدفع لان المال امانة في يده لا يصير مستوفيا
ولان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون وحكم الامانة ينافيه فيرجع مرة بعد اخرى بخلاف
الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع الا مرة لانه
امكن جعله مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب
ثم في الوكالة في هذه الصورة يرجع مرة وفيما اذا اشترى ثم دفع الموكل المال فهلك
لا يرجع لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض بعده اما المدفوع
اليه قبل الشراء امانة في يده وهو قائم على الامانة بعده فلم يصر مستوفيا فاذا هلك
يرجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر فصل في الاختلاف قال فان
كان مع المضارب الفان فقال دفعت الي الفا وربحت الفا وقال رب المال لا بل
دفعت اليك الفين فالقول قول المضارب وكان ابو حنيفة رح يقول اولا القول قول
رب المال وهو قول زفر رح لان المضارب يدعي عليه الشركة في الربح وهو ينكر والقول
قول المنكر ثم رجع الى ما ذكر في الكتاب لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض وفي مثله
القول قول القابض ضمينا كان او امينا لانه اعرف بمقدار المقبوض ولو اختلفا مع ذلك
في مقدار الربح فالقول فيه لرب المال لان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته
وايهما اقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت بينته لان البينات للاثبات ومن
كان معه الف درهم فقال هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربح الفا وقال
فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال لان المضارب يدعي عليه تقويم عمله او
شرطا من جهته او يدعي الشركة وهو ينكر ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال
هي بضاعة او وديعة او مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب لان المضارب
يدعي عليه التملك وهو ينكر ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال الآخر ما سميت
لي تجارة بعينها فالقول للمضارب لان الاصل فيه العموم والاطلاق

والتخصيص

والتخصيص بعارض الشرط بخلاف الوكالة لان الاصل فيها الخصوص ولو ادعى كل واحد
منهما نوعا فالقول لرب المال لانهما اتفقا على التخصيص والاذن يستفاد من جهته والبينة بينة
المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة ولو وقتت البينتان وقتا
فصاحب الوقت الاخير اولى لان آخر الشرطين ينقض الاول كتاب الوديعة الوديعة
امانة في يد المودع اذا هلكت لم يضمنها لقوله عليه السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان
ولا على المستودع غير المغل ضمان ولان بالناس حاجة الى الاستيداع فلو ضمناه يمتنع
الناس عن قبول الودائع فيتعطل مصالحهم وللمودع ان يحفظها بنفسه وبمن في عياله
لان الظاهر انه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه ولانه لا يجد بدا من الدفع
الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضيا به
فان حفظها بغيرهم او اودعها عند غيرهم ضمن لان المالك رضي بيده لا بيد غيره والايدي
تختلف في الامانة ولان الشيء لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره والوضع في حرز غيره
ايداع الا اذا استاجر الحرز فيكون حافظا بحرز نفسه قال الا ان يقع في داره حريق
فيسلمها الى جاره او يكون في سفينة فخاف الغرق فيلقيها الى سفينة اخرى لانه تعين طريقا
للحفظ في هذه الحالة فيرتضيه المالك ولا يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي ضرورة
مسقطة للضمان بعد تحقق السبب فصار كما اذا ادعى الاذن في الايداع فان طلبها
صاحبها فحبسها عنه وهو يقدر على تسليمها ضمنها لانه متعد بالمنع وهذا لانه لما طالبه
لم يكن راضيا بامساكه بعده فيضمنه بحبسه عنه وان خلطها المودع بماله حتى لا تتميز ضمنها
ثم لا سبيل للمودع عليها عند ابي حنيفة رح وقالا اذا خلطها بجنسها شركه ان شاء مثل ان يخلط
الدراهم البيض بالبيض والسود بالسود والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير لهما انه لا يمكنه
الوصول الى عين حقه صورة وامكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكا من وجه دون وجه
فيميل الى ايهما شاء وله انه استهلاك من كل وجه لانه فعل يتعذر معه الوصول الى عين حقه
ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها ولو ابرأ الخالط
لا سبيل له على المخلوط عند ابي حنيفة لانه لا حق له الا في الدين وقد سقط وعندهما
بالابراء يسقط خيرة الضمان فيتعين الشركة في المخلوط وخلط الخل بالزيت

ان شاء

وكل ما يعجز عنه يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان وهذا بالاجماع لانه استهلاك
صورة وكذا معنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير
في الصحيح لان احدهما لا يخلو من حبات الآخر فتتعذر التمييز والقسمة ولو خلط المائع
بجنسه فعند ابي حنيفة رح ينقطع حق المالك الى الضمان لما ذكرنا وعند
ابي يوسف رح يجعل الاقل تابعا للاكثر اعتبارا للغالب اجزاء وعند محمد رح شركه بكل حال لان الجنس لا يغلب
الجنس عنده على ما مر في الرضاع ونظيره خلط الدراهم بمثلها اذابة لانه يصير مائعا بالاذابة وان
اختلطت بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها كما اذا انشق الكيس فاختلطا لانه لا يضمنها لعدم
الصنع منه فيشتركان وهذا بالاتفاق فان انفق المودع بعضها ثم رد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع لانه
خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكا على الوجه الذي تقدم واذا تعدى المودع في الوديعة بان
كانت دابة فركبها او ثوبا فلبسه او عبدا فاستخدمه او اودعها عند غيره ثم ازال التعدي
فردها الى يده زال الضمان وقال الشافعي رح لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة قد ارتفع حين
صار ضامنا للمنافاة فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولنا ان الامر باق لاطلاقه وارتفاع
حكم العقد ضرورة ثبوت نقيضه فاذا ارتفع عاد حكم العقد كما اذا استأجره للحفظ شهرا فترك
الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي فحصل الرد الى نائب المالك فان طلبها صاحبها فجحدها ضمنها
لانه لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ فبعد ذلك هو بالامساك غاصب مانع فيضمنها فان
عاد الى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان لارتفاع العقد اذ المطالبة بالرد رفع من جهته
والجحود فسخ من جهة المودع كجحود الوكيل الوكالة وجحود احد المتعاقدين البيع فتم الرفع او لان
المودع ينفرد بعزل نفسه بحضرة المستودع كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل فاذا
ارتفع لا يعود الا بالتجديد فلم يوجد الرد الى نائب المالك بخلاف الخلاف ثم العود الى
الوفاق ولو جحدها عند غير صاحبها لا يضمنها عند ابي يوسف رح خلافا لزفر رح لان
الجحود عند غيره من باب الحفظ لان فيه قطع طمع الطامعين ولانه لا يملك عزل نفسه بغير
محضر منه او طلبه فيبقى الامر بخلاف ما اذا كان بحضرته وللمودع ان يسافر بالوديعة وان كان
لها حمل ومؤنة عند ابي حنيفة رح وقالا ليس له ذلك اذا كان لها حمل ومؤنة وقال الشافعي رح
ليس له ذلك في الوجهين لابي حنيفة رح اطلاق الامر والمفازة محل للحفظ اذا كان الطريق

آمنا

آمنا ولهذا يملكه الاب والوصي في مال الصبي ولهما انه يلزمه مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة
فالظاهر انه لا يرضى به فيتقيد والشافعي رح يقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الامصار
وصار كالاستحفاظ باجر قلنا مؤنة الرد تلزمه في ملكه ضرورة امتثال امره فلا يبالي
به والمعتاد كونهم في المصر لا حفظهم ومن يكون في المفازة يحفظ ماله فيها بخلاف الاستحفاظ
باجر لانه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد فاذا نهاه المودع ان يخرج بالوديعة
فخرج بها ضمن لان التقييد مفيد اذ الحفظ في المصر ابلغ فكان صحيحا واذا اودع رجلان عند
رجل وديعة فحضر احدهما فطلب نصيبه لم يدفع اليه حتى يحضر الآخر عند ابي حنيفة رح وقالا يدفع اليه
نصيبه وفي الجامع الصغير ثلثة استودعوا رجلا الفا فغاب اثنان فليس للحاضر ان يأخذ
نصيبه عنده وقالا له ذلك والخلاف في المكيل والموزون وهو المراد بالمذكور في المختصر لهما انه
طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع اليه كما في الدين المشترك وهذا لانه يطالبه بتسليم ما سلم اليه
وهو النصف ولهذا كان له ان يأخذه فكذا هو يؤمر بالدفع اليه ولابي حنيفة رح انه طالبه
بدفع نصيب الغائب لانه يطالبه بالمفرز وحقه في المشاع والمفرز المعين يشتمل على حقهما
ولا يتميز حقه الا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع
بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه لان الديون تقضى بامثالها قوله له
ان يأخذه قلنا ليس من ضرورته ان يجبر المودع على الدفع كما اذا كان له الف درهم
وديعة عند انسان وعليه الف لغيره فلغريمه ان يأخذه اذا ظفر به وليس للمودع ان
يدفعه اليه واذا اودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم لم يجز ان يدفعه احدهما الى الآخر
ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه وان كان مما لا يقسم جاز ان يحفظه احدهما
باذن الآخر وهذا عند ابي حنيفة رح وكذا الجواب في المرتهنين والوكيلين بالشراء اذا سلم
احدهما الى الآخر وقالا لاحدهما ان يحفظ باذن الآخر في الوجهين لهما انه رضي بامانتهما
فكان لكل واحد منهما ان يسلم الى الآخر ولا يضمنه كما في ما لا يقسم وله انه رضي بحفظهما
ولم يرض بحفظ احدهما كله لان الفعل متى اضيف الى ما يقبل الوصف بالتجزي يتناول البعض
دون الكل فوقع التسليم الى الآخر من غير رضا المالك فيضمن الدافع ولا يضمن القابض لان
مودع المودع عنده لا يضمن وهذا بخلاف ما لا يقسم لانه لما اودعهما ولا يمكنهما
الاجتماع عليه آناء الليل والنهار وامكنهما المهايأة كان المالك راضيا بدفع الكل الى احدهما

في بعض الاحوال واذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها الى زوجتك فسلمها اليها لا يضمن
وفي الجامع الصغير اذا نهاه ان يدفعها الى احد من عياله فدفعها الى من لا بد له منه لم يضمن كما
اذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع الى غلامه وكما اذا كانت شيئا يحفظ على يد النساء
فنهاه عن الدفع الى امرأته وهو محمل الاول لانه لا يمكن اقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط
وان كان مفيدا فيلغو وان كان له منه بد ضمن لان الشرط مفيد فان من العيال من
لا يؤتمن على المال وقد امكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر فان قال احفظها في هذا
البيت فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن لان الشرط غير مفيد فان البيتين في دار
واحدة لا يتفاوتان في الحرز وان كان مفيدا فصح التقييد ولو كانت التفاوت بين البيتين
ظاهرا بان كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهاه عن الحفظ فيه عورة
ظاهرة صح الشرط ومن اودع رجلا وديعة فاودعها آخر فهلكت فله ان يضمن الاول
وليس له ان يأخذ الآخر وهذا عند ابي حنيفة وقالا له ان يضمن ايهما شاء فان ضمن الآخر
رجع على الاول لهما انه قبض المال من يد ضمين فيضمنه كمودع الغاصب وهذا لان المالك
لم يرض بامانة غيره فيكون الاول متعديا بالتسليم والثاني بالقبض فيخير بينهما غير انه ان ضمن الاول
لم يرجع على الثاني لانه ملكه بالضمان فظهر انه اودع ملك نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول
لانه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة وله انه قبض المال من يد امين لانه بالدفع
لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رأيه فلا تعدي منهما فاذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه
بذلك اما الثاني فمستمر على الحالة الاولى ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح اذا القت في حجره
ثوب غيره ومن كان في يده الف فادعاها رجلان كل واحد منهما انها له اودعها
اياه وابى ان يحلف لهما فالالف لهما وعليه الف اخرى بينهما وشرح ذلك ان دعوى كل واحد
منهما صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ويحلف لكل واحد على الانفراد
لتغاير الحقين وبايهما بدأ القاضي جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الاولوية ولو تشاحا اقرع
بينهما تطييبا لقلبهما ونفيا لتهمة الميل ثم ان حلف لاحدهما يحلف للثاني فان حلف
فلا شيء لهما لعدم الحجة وان نكل اعني الثاني يقضى له لوجود الحجة وان نكل للاول يحلف
للثاني ولا يقضي بالنكول بخلاف ما اذا اقر لاحدهما لان الاقرار حجة موجبة بنفسه فيقضي
به اما النكول انما يصير حجة عند القضاء فجاز ان يؤخره ليحلف للثاني فينكشف وجه

وان حفظها في دار اخرى ضمن لان الدارين تتفاوتان في الحرز صح

وان ضمن الاول لم يرجع على الآخر صح

القضاء

وجه القضاء ولو نكل للثاني ايضا يقضي بينهما نصفين على ما ذكر في الكتاب لاستوائهما
في الحجة كما اذا اقاما البينة ويغرم الفا اخرى بينهما لانه اوجب الحق لكل واحد منهما ببذله
او باقراره وذلك حجة في حقه وبالصرف اليهما صار قاضيا نصف حق كل واحد بنصف حق
غيره فيغرمه فلو قضى القاضي للاول حين نكل ذكر الشيخ الامام علي البزدوي في شرح الجامع الصغير انه
يحلف للثاني فاذا نكل يقضي بالالف بينهما لان القضاء للاول لا يبطل حق الثاني وذكر الخصاف
رحمه الله انه نفذ قضاؤه للاول ووضع المسألة في العبد وانما نفذ لمصادفته محل الاجتهاد
لان من العلماء من قال يقضي للاول ولا ينتظر لكونه اقرارا دلالة ثم لا يحلف للثاني ما هذا العبد له
لان نكوله لا يفيد بعد ما صار للاول وهل يحلفه بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو
كذا وكذا ولا اقل منه قال ينبغي ان يحلفه عند محمد رحمه الله خلافا لابي يوسف بناء على ان
المودع اذا اقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى غيره يضمنه عند محمد خلافا له فهذه فرع تلك
المسألة وقد وقع فيه بعض الاطناب كتاب العارية قال العارية جائزة لانه نوع احسان
وقد استعار النبي صلى الله عليه وسلم دروعا من صفوان وهي تمليك المنافع بغير عوض وكان الكرخي
يقول هو اباحة الانتفاع بملك الغير لانه ينعقد بلفظ الاباحة ولا يشترط فيه ضرب المدة ومع الجهالة
لا يصح التمليك وكذلك يعمل فيه النهي ولا يملك الاجارة من غيره ونحن نقول انه ينبئ عن التمليك
فان العارية من العرية وهي العطية ولهذا ينعقد بلفظ التمليك والمنافع قابلة للملك كالاعيان
والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض ثم الاعيان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع دفع الحاجة
ولفظ الاباحة استعير للتمليك كما في الاجارة فانها تنعقد بلفظ الاباحة وهي
تمليك والجهالة لا تفضي الى المنازعة لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة ولان الملك انما يثبت بالقبض
وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة والنهي منع عن التحصيل فلا يتحصل المنافع على ملكه ولا يملك
الاجارة لدفع زيادة الضرر على ما نذكره ان شاء الله تعالى وتصح بقوله اعرتك لانه صريح
فيه واطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيه ومنحتك هذا الثوب وحملتك
على هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادته الهبة تحمل على تمليك
المنافع تجوزا قال واخدمتك هذا العبد لانه اذن له في استخدامه وداري لك سكنى
لان معناه سكناها لك وداري لك عمرى سكنى لانه جعل سكناها له مدة عمره
وجعل قوله سكنى تفسيرا لقوله لك لانه يحتمل تمليك المنافع فحمل عليه بدلالة آخره وللمعير ان يرجع

لانه بقدمه انما ينفذ او ذلك لا يبطل حق الثاني

في العارية متى شا ولقوله عليه السلام المنحة مردودة والعارية مؤداة ولان المنافع تملك
شيئا فشيئا على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فيصح الرجوع عنه والعارية
امانة ان هلكت من غير تعد لم يضمن وقال الشافعي يضمن لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق
فيضمنه والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه ولهذا كان واجب الرد وصار
كالمقبوض على سوم الشراء ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض
او لاباحتها والقبض لم يقع تعديا لكونه ماذونا فيه والاذن وان ثبت لاجل الانتفاع
فهو ما قبضه الا للانتفاع فلم يقع تعديا وانما وجب الرد مؤنة كنفقة المستعار فانها على المستعير
لا لنقض القبض والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف
في موضعه وليس للمستعير ان يواجر ما استعاره فان اجره فعطب ضمن لان الاعارة دون
الاجارة والشيء لا يتضمن ما هو فوقه ولانا لو صححناه لا يصح الا لازما لانه حينئذ يكون بتسليط
من المعير وفي وقوعه لازما زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد الى انقضاء مدة الاجارة
فابطلناه وضمنه حين سلمه لانه اذا لم تتناوله العارية صار غصبا وان شاء المعير
ضمن المستاجر لانه قبضه بغير اذن المالك لنفسه ثم ان ضمن المستعير لا يرجع على المستاجر لانه ظهر
انه اجر ملك نفسه وان ضمن المستاجر يرجع على الموجر اذا لم يعلم انه كان عارية في يده دفعا
لضرر الغرور بخلاف ما اذا علم وله ان يعيره اذا كان لا يختلف باختلاف المستعمل وقال الشافعي
ليس له ان يعيره لانه اباحة المنافع على ما بينا من قبل والمباح له لا يملك الاباحة وهذا لان
المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة وانما جعلناها موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت
بالاباحة هنا ونحن نقول هو تمليك المنافع على ما ذكرنا فيملك الاعارة كالموصى له بالخدمة
والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الاجارة فيجعل كذلك في الاعارة دفعا للحاجة و
انما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن المعير لانه رضي باستعماله
لا باستعمال غيره قال رضي الله عنه وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة فهو على اربعة اوجه
ان تكون مطلقة في الوقت والانتفاع وللمستعير فيه ان ينتفع به اي نوع شاء في اي
وقت شاء عملا بالاطلاق والثاني ان تكون مقيدة فيهما وليس له ان يجاوز فيه ما سماه
عملا بالتقييد الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك او الى خير منه في الحنطة والثالث ان تكون
مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع والرابع عكسه وليس له ان يتعدى ما سماه

فلو

فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له ان يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله
ان يركب ويركب غيره وان كان الركوب مختلفا لانه لما اطلق فله ان يعين حتى لو ركب
بنفسه ليس له ان يركب غيره لانه تعين ركوبه ولو اركب غيره ليس له ان يركبه حتى لو فعله
ضمنه لانه تعين الاركاب وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض لان
الاعارة تمليك المنافع ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها فاقتضى تمليك العين ضرورة
وذلك بالهبة او بالقرض والقرض ادناهما فيثبت او لان من قضية الاعارة الانتفاع ورد
العين فاقيم رد المثل مقامه قالوا هذا اذا اطلق الاعارة اما اذا عين الجهة بان استعار
دراهم ليعاير بها ميزانا او يزين بها دكانا لم يكن قرضا فلا يكون له الا المنفعة المسماة وصار
كما اذا استعار آنية يتجمل بها او سيفا محلى يتقلده ولو استعار ارضا ليبني فيها او ليغرس جاز
وللمعير ان يرجع فيها ويكلفه قلع البناء والغرس اما الرجوع فلما بينا واما الجواز فلانها معلومة
تملك بالاجارة فكذا بالاعارة واذا صح الرجوع بقي المستعير شاغلا ارض المعير فيكلف تفريغها
ثم ان لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور حيث اعتمد اطلاق
من غير ان يسبق منه الوعد وان كان وقت العارية ورجع قبل الوقت صح رجوعه
لما ذكرنا ولكنه يكره لما فيه من خلف الوعد وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع لانه مغرور من جهته
حيث وقت له والظاهر هو الوفاء بالعهد فيرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه كذا ذكره
القدوري في المختصر وذكر الحاكم الشهيد انه يضمن رب الارض قيمة غرسه وبنائه فيكونان له الا
ان يشاء المستعير ان يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لانه ملكه قالوا اذا كان في القلع
ضرر بالارض فالخيار الى رب الارض لانه صاحب اصل والمستعير صاحب تبع والترجيح
بالاصل ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت او لم يوقت لان
له نهاية معلومة وفي الترك مراعاة الحقين بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة
فيقلع دفعا للضرر عن المالك واجرة رد العارية على المستعير لان الرد واجب عليه
لما انه قبضه لمنفعة نفسه والاجرة مؤنة الرد فيكون عليه واجرة رد العين المستاجرة
على الموجر لان الواجب على المستاجر التمكين والتخلية دون الرد فان منفعة قبضه سالمة
للموجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده واجرة رد العين المغصوبة على الغاصب لان الواجب
عليه الرد والاعادة الى يد المالك دفعا للضرر عنه فيكون مؤنته عليه واذا استعار دابة

وردها الى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن وهذا استحسان وفي القياس يضمن لانه ما ردها
الى مالكها بل ضيعها وجه الاستحسان انه اتى بالتسليم المتعارف لان رد العواري الى دار
الملاك معتاد كآلة البيت ولو ردها الى المالك فالمالك يردها الى المربط وان استعار
عبدا فرده الى دار المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن لما بينا ولو رد المغصوب او الوديعة
الى دار المالك ولم يسلمه اليه ضمن لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك
دون غيره والوديعة لا يرضى المالك بردها الى الدار ولا الى يد من في العيال لانه لو ارتضاه
لما اودعها اياه بخلاف العواري لان فيها عرفا حتى لو كانت العارية عقد جوهر لم يردها
الا الى المعير لعدم ما ذكرناه من العرف فيه ومن استعار دابة فردها مع عبده او اجيره
لم يضمن والمراد بالاجير ان يكون مسانهة او مشاهرة لانها امانة فله ان يحفظها بيد من في عياله
كما في الوديعة بخلاف الاجير مياومة لانه ليس في عياله وكذا اذا ردها مع عبد رب الدابة او اجيره
لان المالك يرضى به الا ترى انه لو ردها اليه فهو يردها الى عبده وقيل هذا في العبد الذي
يقوم على الدواب وقيل فيه وفي غيره وهو الاصح لانه ان كان لا يدفع اليه دائما يدفع
اليه احيانا وان ردها مع اجنبي ضمن ودلت المسئلة على ان المستعير لا يملك الايداع
قصدا كما قاله بعض المشايخ وقال بعضهم يملكه لانه دون الاعارة واولوا هذه المسئلة
بانتهاء الاعارة لانقضاء المدة ومن اعار ارضا بيضاء للزراعة يكتب انك اطعمتني
عند ابي حنيفة وقالا يكتب انك اعرتني لان لفظ الاعارة موضوعة له والكتابة
بالموضوع اولى كما في اعارة الدار وله ان لفظ الاطعام ادل على المراد لانه يخص الزراعة
والاعارة تنتظمها وغيرها كالبناء ونحوه فكانت الكتابة بها اولى بخلاف الدار لانها لا تعار
الا للسكنى والله اعلم كتاب الهبة الهبة عقد مشروع لقوله صلى الله عليه وسلم تهادوا
تحابوا وعلى ذلك انعقد الاجماع وتصح بالايجاب والقبول والقبض اما الايجاب والقبول
فلانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول والقبض لا بد منه لثبوت الملك وقال مالك
يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله عليه السلام
لا تجوز الهبة الا مقبوضة والمراد نفي الملك لان الجواز بدونه ثابت ولانه عقد تبرع وفي
اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح بخلاف الوصية
لان اوان ثبوت الملك فيها بعد الموت ولا الزام على المتبرع لعدم اهلية اللزوم وحق

وحق الوارث متأخر عن الوصية فلم يملكها فان قبضها الموهوب له في المجلس بغير امر الواهب
جاز استحسانا وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا ان يأذن له الواهب في القبض والقياس ان لا يجوز
في الوجهين جميعا لان القبض تصرف في ملك الواهب اذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون
اذنه ولنا ان القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك والمقصود
منه اثبات الملك فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا
التسليط فيه الحاقا له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به بخلاف ما اذا نهاه عن القبض
في المجلس لان الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت واعطيت
لان الاول صريح والثاني مستعمل فيه قال عليه الصلوة والسلام اكل اولادك نحلت مثل هذا
وكذا الثالث يقال اعطاك الله ووهبك الله بمعنى وكذا تنعقد بقوله اطعمتك هذا الطعام وجعلت
هذا الثوب لك واعمرتك هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة اذا نوى بالحملان الهبة اما الاول فلان
الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين بخلاف ما اذا قال اطعمتك
هذه الارض حيث تكون عارية لان عينها لا تطعم واما الثاني فلان اللام للتمليك واما الثالث فلقوله
عليه السلام فمن اعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده وكذا اذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى
لما قلنا واما الرابع فلان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة يقال حمل الامير فلانا
على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته ولو قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة لانه يراد به التمليك
قال الله تعالى او كسوتهم ويقال كسا الامير فلانا ثوبا اي ملكه منه ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية
لما روينا من قبل ولو قال داري لك هبة سكنى او سكنى هبة فهي عارية لان العارية محكم
في تمليك المنفعة والهبة تحتملها وتحتمل تمليك العين فيحمل المحتمل على المحكم وكذا اذا قال عمرى سكنى او نحلى
سكنى او سكنى صدقة او صدقة عارية او عارية هبة لما قدمنا ولو قال هبة تسكنها فهي هبة
لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير وهو تنبيه على المقصود بخلاف قوله هبة سكنى لانه تفسير له
ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة وقال الشافعي تجوز
في الوجهين لانه عقد تمليك فيصح في المشاع وغيره كالبيع بانواعه وهذا لان المشاع قابل
لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية ولنا ان القبض
منصوص عليه في الهبة فيشترط كماله والمشاع لا يقبله الا بضم غيره اليه وذلك غير موهوب
ولان في تجويزه الزامه شيئا لم يلتزمه وهو ضرر القسمة ولهذا امتنع جوازه قبل القبض

كيلا يلزمه التسليم بخلاف ما لا يقسم لان القبض القاصر هو الممكن فيكتفى به ولانه لا يلزمه مؤنة القسمة
والمهايأة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين والوصية ليس من شرطها القبض
وكذا البيع الصحيح اما البيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها غير منصوص عليه ولانها
عقود ضمان فتناسب لزوم مؤنة القسمة والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه
فشرطنا القبض القاصر دون القسمة عملا بالشبهين على ان القبض غير منصوص عليه فيه ولو وهب من شريكه
لا يجوز لان الحكم يدار على نفس الشيوع ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة لما ذكرنا فان قسمه
وسلمه جاز لان تمامه بالقبض وعنده لا شيوع ولو وهب دقيقا في حنطة او دهنا في سمسم
فالهبة فاسدة فان طحن وسلم لم يجز وكذا السمن في اللبن لان الموهوب معدوم ولهذا
لو استخرجه الغاصب يملكه والمعدوم ليس بمحل للملك فوقع العقد باطلا فلا ينعقد الا بالتجديد
بخلاف ما تقدم لان المشاع محل للتمليك وهبة اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم
والزرع والنخل في الارض والتمر في النخل بمنزلة المشاع لان امتناع الجواز للاتصال وذلك
يمنع القبض كالشائع واذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجدد
فيها قبضا لان العين في قبضه والقبض هو الشرط بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض في البيع
مضمون فلا ينوب عنه قبض الامانة اما قبض الهبة غير مضمون فينوب عنه واذا وهب الاب
لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد لانه في قبض الاب فينوب عن قبض الهبة ولا فرق
بينما اذا كان في يده او في يد مودعه لان يده كيده بخلاف ما اذا كان مرهونا او مغصوبا
او مبيعا بيعا فاسدا لانه في يد غيره او في ملك غيره والصدقة في هذا مثل الهبة وكذا
اذا وهبت له امه وهو في عيالها والاب ميت ولا وصي له وكذلك كل من يعوله وان وهب
له اجنبي هبة تمت بقبض الاب لانه يملك عليه الدائر بين النافع والضار فاولى ان يملك
النافع واذا وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو وصي الاب او جد اليتيم او وصيه جاز لان
لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الاب وان كان في حجر امه فقبضها له جائز لان لها الولاية
فيما يرجع الى حفظه وحفظ ماله وهذا من بابه لانه لا يبقى الا بالمال فلا بد من ولاية التحصيل
وكذا اذا كان في حجر اجنبي يربيه لان له عليه يدا معتبرة الا ترى انه لا يتمكن اجنبي آخر
ان ينزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعا في حقه وان قبض الصبي الهبة بنفسه جاز معناه اذا كان
عاقلا لانه نافع في حقه وهو من اهله وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف

لتفويض

280

لتفويض الاب امورها اليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف ويملكه مع حضرة الاب بخلاف الام وكل
من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرف هؤلاء
للضرورة لا بتفويض الاب ومع حضوره لا ضرورة واذا وهب اثنان من واحد دارا جاز
لانهما سلماها جملة فلا شيوع وان وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند ابي حنيفة وقالا يصح
لان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع كما اذا رهن من رجلين وله ان
هذه هبة النصف من كل واحد منهما ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل احدهما صح ولان الملك يثبت لكل
واحد منهما في النصف فيكون التمليك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع بخلاف
الرهن لان حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما كملا ولهذا لو قضى دين احدهما لا يسترد شيئا من الرهن
وفي الجامع الصغير اذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم او وهبها لهما جاز ولو تصدق بها على
غنيين او وهبها لهما لم يجز وقالا يجوز للغنيين ايضا جعل كل واحد منهما كانه نائب عن الآخر
نائبه لان كل واحد تمليك بغير بدل وفرق بين الصدقة والهبة في الحكم وفي الاصل سوى وقال وكذا الصدقة
لان الشيوع مانع في الفصلين لتوقفهما على القبض ووجه الفرق على هذه الرواية ان الصدقة يراد
بها وجه الله تعالى وهو واحد والهبة يراد بها وجه الغني وهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح والمراد بالمذكور
في الاصل الصدقة على غنيين ولو وهب لرجلين دارا لاحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها لم يجز
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يجوز ولو قال لاحدهما نصفها وللآخر نصفها عن
ابي يوسف فيه روايتان فابو حنيفة مر على اصله وكذا محمد ووجه الفرق لابي يوسف ان
بالتنصيص على الابعاض يظهر ان قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع ولهذا لا يجوز
اذا رهن من رجلين ونص على الابعاض والله اعلم

باب الرجوع عن الهبة

واذا وهب
هبة لاجنبي فله الرجوع فيها وقال الشافعي لا رجوع فيها لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب
في هبته الا الوالد فيما يهب لولده ولان الرجوع يضاد التمليك والعقد لا يقتضي ما يضاده
بخلاف هبة الوالد لولده على اصله لانه لم يتم التمليك لكونه جزءا له ولنا قوله عليه السلام الواهب
احق بهبته ما لم يثب منها اي لم يعوض ولان المقصود بالهبة هو التعويض للعادة فتثبت ولاية
الفسخ عند فواته اذ العقد يقبله والمراد بما روي نفي استبداد الرجوع واثباته للوالد
فانه يتملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعا وقوله في الكتاب فله الرجوع لبيان الحكم اما الكراهة فلازمة
لقوله عليه السلام العائد في هبته كالعائد في قيئه وهذا لاستقباحه ثم للرجوع موانع ذكر
بعضها في الكتاب فقال الا ان يعوض عنها لحصول المقصود او تزيد زيادة متصلة لانه لا وجه

وهو قد قبضها جملة

اي الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد والموت
احد المتعاقدين لان بموت الموهوب له ينتقل الملك الى الورثة فصار كما اذا انتقل في حال
حيوته واذا مات الواهب فوارثه اجنبي عن العقد اذ هو ما اوجبه والخروج الهبة عن ملك
الموهوب له لانه حصل بتسليطه فلا ينقضه ولانه تجدد الملك بتجدد سببه فان وهب
لآخر ارضا بيضاء فانبت في ناحية منها نخلا او بنى بيتا او دكانا او آريا وكان
ذلك زيادة فيها فليس له الرجوع في شيء منها لان هذه زيادة متصلة وقوله وكان ذلك
زيادة متصلة فيها لان الدكان قد يكون صغيرا حقيرا لا يعد زيادة اصلا وقد تكون
الارض عظيمة لا يعد ذلك زيادة في قطعة منها فلا يمتنع الرجوع في غيرها فان باع
نصفها غير مقسوم رجع في الباقي لان الامتناع بقدر المانع وان لم يبع شيئا منها
له ان يرجع في نصفها لان له ان يرجع في كلها فكذا في نصفها بطريق الاولى
وان وهب لذي رحم محرم منه فلا رجوع فيها لقوله عليه الصلوة والسلام اذا كانت الهبة
لذي رحم محرم لم يرجع فيها ولان المقصود صلة الرحم وقد حصل وان على رحمه الله بخلافه
في هبة الوالد لولده وقد ذكرنا وجهه وكذلك ما وهب احد الزوجين للآخر لان المقصود
فيها الصلة كما في القرابة وانما ينظر الى هذا المقصود وقت العقد حتى لو تزوجها بعد
بعد ما وهب لها فله الرجوع ولو ابانها بعد ما وهب فلا رجوع واذا قال الموهوب له
للواهب خذ هذا عوضا عن هبتك او بدلا عنها او في مقابلتها فقبضه الواهب سقط
الرجوع لحصول المقصود وهذه العبارات تؤدي معنى واحدا وان عوض الواهب
اجنبي عن الموهوب متبرعا فقبض الواهب بطل الرجوع لان العوض لاسقاط الحق
فيصح من الاجنبي كبدل الخلع والصلح واذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض
لانه لم يسلم له ما يقابل نصفه وان استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة الا ان يرده
ما بقي ثم يرجع وقال زفر رحمه الله يرجع بالنصف اعتبارا بالعوض الآخر ولنا انه يصلح عوضا
عن الكل في الابتداء وبالاستحقاق ظهر انه لا عوض الا هو الا انه يتخير لانه ما اسقط
حقه في الرجوع الا ليسلم له كل العوض ولم يسلم فله ان يرده وان وهب دارا
فعوضه من نصفه رجع في النصف الذي لم يعوض لان المانع خص النصف ولا يصح
الرجوع الا بتراضيهما او بحكم الحاكم لانه مختلف بين العلماء وفي اصله وهاء وفي
حصول المقصود وعدمه خفاء فلا بد من الفصل بالرضاء او بالقضاء حتى لو كانت

الهبة عبدا فاعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذلك اذا هلك
في يده بعد القضاء لان اول القبض غير مضمون وهذا دوام عليه الا ان يمنعه بعد طلبه لانه تعدى
واذا رجع بالقضاء او بالتراضي يكون فسخا في الاصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشائع
لان العقد وقع جائزا موجبا حق الفسخ فكان بالفسخ مستوفيا حقا ثابتا له فيظهر على الاطلاق
بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان الحق هناك في وصف السلامة لا في حق الفسخ فافترقا واذا
تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء لانه عقد
تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل له والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا في غيره
واذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في العوضين ويبطل بالشيوع لانه هبة ابتداء فاذا
تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية وتستحق فيه الشفعة لانه بيع
انتهاء وقال زفر والشافعي رحمهما الله هو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة
في العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا ولنا انه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما امكن
عملا بالشبهين وقد امكن لان الهبة من حكمها تأخر الملك الى القبض وقد يتراخى عن البيع الفاسد
والبيع من حكمه اللزوم وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما بخلاف بيع نفس العبد منه لانه
لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح مالكا لنفسه فصل ومن وهب جارية الا حملها صحت الهبة
وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه
وصفا على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطا فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة
وهذا هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لان هذه العقود لا تبطل بالشروط
الفاسدة بخلاف البيع والاجارة والرهن لانها تبطل بالشروط الفاسدة ولو اعتق
ما في بطنها ثم وهبها جازت لان الجنين لم يبق على ملكه فلم يكن شبيه الاستثناء ولا يمكن تنفيذ
الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع او هبة شيء مشغول بملك المالك فان وهبها له
على ان يردها عليه او على ان يعتقها او على ان يتخذها ام ولد او وهب دارا او تصدق عليه
بدار على ان يرد عليه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل لان هذه الشروط تخالف مقتضى
العقد فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها الا يرى ان النبي عليه الصلوة والسلام اجاز العمرى وابطل
شرط المعمر بخلاف البيع لانه عليه السلام نهى عن بيع وشرط ولان الشرط الفاسد في معنى الربوا
وهو يعمل في المعاوضات دون التبرعات ومن له على آخر الف درهم فقال اذا جاء غد فهو لك

مطلب الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة

مطلب البيع والاجارة والرهن تبطل بالشروط الفاسدة

لانها

فاشبه الاستثناء ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز لان الحمل باق على ملكه صح

او انت منها بري او قال اذا اديت الي النصف فلك نصفه او انت بري من النصف
الباقي فهو باطل لان الابراء تمليك من وجه ومن هذا الوجه كان تمليكا وصف من وجه
ومن هذا الوجه كان اسقاطا ولهذا قلنا انه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول والتعليق
بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداها العمرى
جائزة للمعمر له حال حيوته ولورثته من بعده لما روينا ومعناه ان يجعل داره له عمره واذا مات يرد
عليه فيصح التمليك ويبطل الشرط لما روينا وقد بينا ان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة
والرقبى باطلة عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف جائزة لان قوله داري لك تمليك
وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى ولهما انه عليه الصلوة والسلام اجاز العمرى ورد الرقبى
ولان معنى الرقبى عندهما ان مت قبلك فهي لك واللفظ من المراقبة كانه يراقب موته وهذا تعليق
التمليك بالخطر فيبطل واذا لم يصح تكون عارية عندهما لانه يتضمن اطلاق الانتفاع به

فصل في الصدقة

والصدقة كالهبة لا تصح الا بالقبض لانه تبرع كالهبة فلا يجوز في مشاع يحتمل القسمة لما بينا
في الهبة ولا رجوع في الصدقة لان المقصود هو الثواب وقد حصل وكذا اذا تصدق على غني
استحسانا لانه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب وكذا اذا وهب لفقير لان المقصود الثواب
وقد حصل ومن نذر ان يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكوة ومن نذر ان يتصدق بملكه
لزمه ان يتصدق بالجميع ويروى انه والاول سواء وقد ذكرنا الفرق ووجه الروايتين في
مسائل القضاء ويقال له امسك ما تنفقه على نفسك وعيالك الى ان تكتسب فاذا اكتسب
يتصدق بمثل ما انفق وقد ذكرناه من قبل والله اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

كتاب الاجارات

الاجارة عقد على المنافع بعوض لان الاجارة في اللغة عبارة
عن بيع المنافع والقياس يابى جوازه لان المعقود عليه المنفعة وهي معدومة واضافة التمليك
الى ما سيوجد لا يصح الا انا جوزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها الآثار وهو
قوله عليه السلام اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه وقوله عليه السلام من استاجر اجيرا
فليعلمه اجره وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والدار اقيمت مقام المنفعة
في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب والقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة ملكا واستحقاقا
حال وجود المنفعة ولا تصح حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة لما روينا ولان
الجهالة في المعقود عليه وبدله تفضي الى المنازعة فصار كجهالة الثمن والمثمن في البيع وما جاز
ان يكون ثمنا في البيع جاز ان يكون اجرة لان الاجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع

وما لا يصلح

وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا كالاعيان وهذا اللفظ لا ينفي صلاحية غيره لانه عوض
مالي والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة كاستيجار الدور للسكنى والارضين للزراعة
فيصح على مدة معلومة اي مدة كانت لان المدة اذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها
معلوما اذا كانت المنفعة لا تتفاوت وقوله اي مدة كانت اشارة الى انه يجوز طالت المدة
او قصرت لكونها معلومة ولتحقق الحاجة اليها عسى وفيه خلاف الشافعي الا ان في
الاوقاف لا تجوز الاجارة الطويلة كيلا يدعي المستاجر ملكها وهي ما زاد على ثلث سنين وهو المختار
وتارة تصير معلومة بالتسمية كمن استاجر رجلا على صبغ ثوبه او خياطته او استاجر دابة
ليحمل عليها مقدارا معلوما او يركبها مسافة سماها لانه اذا بين الثوب ولون
الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فيصح العقد
وربما يقال الاجارة قد تكون عقدا على العمل كاستيجار القصار والخياط ولا بد ان يكون العمل معلوما
وذلك في الاجير المشترك وقد تكون عقدا على المنفعة كما في الاجير الوحد ولا بد من بيان الوقت وتارة تصير معلومة بالتعيين والاشارة كمن استاجر رجلا لينقل له هذا الطعام
الى موضع معلوم لانه اذا اراه ما ينقله والموضع الذي يحمل اليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد

باب الاجر متى يستحق

قال الاجرة لا تجب بالعقد وتستحق باحد معان ثلثة اما بشرط
التعجيل او بالتعجيل من غير شرط او باستيفاء المعقود عليه وقال الشافعي تملك بنفس العقد
لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل
ولنا ان العقد ينعقد شيئا فشيئا على حسب حدوث المنافع على ما بينا والعقد معاوضة
ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل الآخر
واذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الاجر لتحقق التسوية وكذا اذا شرط التعجيل او عجل
لان المساواة تثبت حقا له وقد ابطله واذا قبض المستاجر الدار فعليه الاجر وان لم يسكنها
لان تسليم عين المنفعة لا يتصور فاقمنا تسليم المحل مقامه اذ التمكن من الانتفاع يثبت به فان
غصبها غاصب من يده سقطت الاجرة لان تسليم المحل انما اقيم مقام تسليم المنفعة
للتمكن من الانتفاع فاذا فات التمكن فات التسليم فانفسخ العقد فيسقط الاجر
وان وجد الغصب في بعض المدة سقط بقدره اذ الانفساخ في بعضها ومن استاجر
دارا فللمؤجر ان يطالبه باجر كل يوم لانه استوفى منفعة مقصودة الا ان يبين وقت
الاستحقاق بالعقد لانه بمنزلة التاجيل وكذلك اجارة الاراضي لما بينا ومن استاجر بعيرا

الى مكة فللجمال ان يطالبه باجرة كل مرحلة لان سير كل مرحلة مقصود وكان ابو حنيفة
يقول اولا لا يجب الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر لان المعقود
عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الاجرة على اجزائها كما اذا كان المعقود عليه العمل
ووجه القول المرجوع اليه ان القياس يقتضي استحقاق الاجر ساعة فساعة لتحقق
المساوات الا ان المطالبة في كل ساعة تفضي الى ان لا يتفرغ لغيره فيتضرر به
بما ذكرنا وليس للقصار والخياط ان يطالب بالاجر حتى يفرغ من العمل لان العمل
في البعض غير منتفع به فلا يستوجب الاجر وكذا اذا عمل في بيت المستاجر لا يستوجب
الاجر قبل الفراغ لما بينا قال الا ان يشترط التعجيل لما مر ان الشرط فيه لازم ومن
استاجر خبازا ليخبز له في بيته قفيزا من دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز
من التنور لان تمام العمل بالاخراج فلو احترق او سقط من يده قبل الاخراج لا
اجر له للهلاك قبل التسليم فان اخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر المسمى لانه صار
مسلما بالوضع في بيته ولا ضمان عليه لانه لم يوجد منه الجناية قال رحمه الله
وهذا عند ابي حنيفة لانه امانة في يده وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا اجر له
لانه مضمون عليه فلا يبرأ الا بعد حقيقة التسليم وان شاء ضمنه الخبز واعطاه الاجر
ومن استاجر طباخا ليطبخ له الطعام للوليمة فالغرف عليه اعتبارا للعرف ومن استاجر انسانا
ليضرب له لبنا في ملك معلوم استحق الاجرة اذا اقامه عند ابي حنيفة وقالا لا
يستحقها حتى يشرجه لان التشريج من تمام عمله اذ لا يؤمن من الفساد قبله فصار كاخراج الخبز من التنور
ولان الاجير هو الذي يتولاه عرفا وهو المعتبر فيما لم ينص عليه ولابي حنيفة ان العمل
قد تم بالاقامة والتشريج عمل زائد كالنقل الا ترى انه ينتفع به قبل التشريج بالنقل الى موضع
العمل بخلاف ما قبل الاقامة لانه طين منتشر وبخلاف الخبز لانه غير منتفع به قبل الاخراج
وكل صانع لعمله اثر في العين كالقصار والصباغ فله ان يحبس العين حتى يستوفي الاجر
لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في المبيع
ولو حبسه فضاع لا ضمان عليه عند ابي حنيفة لانه غير متعد في الحبس فبقي امانة كما كان
عنده ولا اجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعند ابي يوسف ومحمد العين كانت مضمونة
قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا اجر له وان شاء ضمنه معمولا وله الاجر

فكذا

وسنبين

وسنبين من بعد ان شاء الله تعالى وكل صانع ليس لعمله اثر في العين فليس له
ان يحبس العين للاجر كالحمال والملاح لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين
فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس وغسل الثوب نظير الحمل وهذا بخلاف الآبق حيث يكون
للراد حق حبسه لاستيفاء الجعل ولا اثر لعمله لانه كان على شرف الهلاك وقد احياه
فكانه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكرناه مذهب علمائنا الثلاثة وقال زفر
ليس له حق الحبس في الوجهين لانه وقع التسليم باتصال المعقود عليه بملكه فسقط حق الحبس
ولنا ان الاتصال بالمحل ضرورة اقامة العمل فلم يكن راضيا به من حيث انه تسليم فلا يسقط
حق الحبس كما اذا قبض المشتري بغير رضاء البايع واذا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه
فليس له ان يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل في محل بعينه وان اطلق له العمل فله ان يستاجر
من يعمله لان المستحق عمل في ذمته ويمكن ايفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء
الدين فصل ومن استاجر رجلا ليذهب الى البصرة فيجيء بعياله فذهب فوجد بعضهم
قد مات فجاء بمن بقي فله الاجر بحسابه لانه اوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره ومراده
اذا كانوا معلومين وان استاجره ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويجيء بجوابه فذهب
فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر له وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد له الاجر
في الذهاب لانه اوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة وهذا لان الاجر مقابل به لما فيه من
المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته ولهما ان المعقود عليه نقل الكتاب لانه هو المقصود
او وسيلة اليه وهو العلم بما في الكتاب لكن الحكم معلق به وقد نقضه فسقط الاجر كما في الطعام
وهي المسألة التي تلي هذه المسألة وان ترك الكتاب في ذلك المكان وعاد يستحق الاجر
بالذهاب بالاجماع لان الحمل لم ينتقض وان استاجره ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة فذهب فوجد
فلانا ميتا فرده فلا اجر له في قولهم جميعا لانه نقض تسليم المعقود عليه
وهو حمل الطعام بخلاف مسألة الكتاب على قول محمد لان المعقود عليه هناك قطع المسافة على ما مر

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها ويجوز استيجار الدور والحوانيت
للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه وانه لا يتفاوت
فصح العقد وله ان يعمل كل شيء للاطلاق الا انه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا لان
فيه ضررا ظاهرا لانه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة ويجوز استيجار الاراضي

فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه

للزراعة لانه منفعة مقصودة معهودة فيها وللمستاجر الشرب والطريق لان الاجارة تعقد
للانتفاع ولا انتفاع الا بهما فيدخلان في مطلق العقد بخلاف البيع لان المقصود منه ملك الرقبة
لا الانتفاع في الحال حتى يجوز بيع الجحش والارض السبخة فلا يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق وقد مر في البيوع
ولا تصح حتى يسمي ما يزرع فيها لانها قد تستاجر للزراعة ولغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد
من التعيين كيلا تقع المنازعة او يقول على ان يزرع فيها ما شاء لانه لما فوض الخيرة اليه
ارتفعت الجهالة المفضية الى المنازعة ويجوز ان يستاجر الساحة ليبني فيها او يغرس فيها نخلا
او شجرا لانها منفعة تقصد بالاراضي ثم اذا انقضت مدة الاجارة يلزمه ان يقلع البناء
والغرس ويسلمها فارغة لانه لا نهاية لهما وفي ابقائهما اضرار لصاحب الارض بخلاف
ما اذا انقضت المدة والزرع بقل حيث يترك باجر المثل الى زمان الادراك لان لها
نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبين الا ان يختار صاحب الارض ان يغرم له قيمة ذلك
مقلوعا فيتملكه وهذا برضاء صاحب الغرس والشجر الا ان تنقص الارض بقلعهما فحينئذ يتملكهما بغير رضاه
او يرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والارض لهذا لان الحق له فله ان لا يستوفيه
وفي الجامع الصغير اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض رطبة فانها تقلع لان الرطاب
لا نهاية لها فاشبه الشجر ويجوز استيجار الدواب للركوب والحمل لانه منفعة معلومة معهودة
فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء عملا بالاطلاق ولكن اذا ركب بنفسه او اركب
واحدا ليس له ان يركب غيره لانه تعين مرادا من الاصل والناس يتفاوتون في الركوب
فصار كانه نص على ركوبه وكذا اذا استاجر ثوبا للبس واطلق فيما ذكرنا لاطلاق اللفظ
وتفاوت الناس في اللبس وان قال على ان يركبها فلان او يلبس الثوب فلان فاركبها
غيره او البسه غيره فعطب كان ضامنا لان الناس يتفاوتون في الركوب واللبس فصح التعيين
وليس له ان يتعداه وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل لما ذكرنا فاما العقار وما لا
يختلف باختلاف المستعمل اذا شرط سكنى واحد فله ان يسكن غيره لان التقييد غير مفيد لعدم التفاوت
والذي يضر بالبناء خارج على ما ذكرنا وان سمى نوعا وقدرا يحمله على الدابة مثل ان يقول
خمسة اقفزة حنطة فله ان يحمل عليها ما هو مثل الحنطة في الضرر او اقل كالشعير والسمسم لانه دخل
تحت الاذن لعدم التفاوت او لكونه خيرا من الاول وليس له ان يحمل ما هو اضر من الحنطة
كالملح والحديد لعدم الرضاء فيه وان استاجرها ليحمل عليها قطنا سماه فليس له ان يحمل عليها

مثل

مثل وزنه حديدا لانه ربما يكون اضر بالدابة فان الحديد يجتمع في موضع من ظهره والقطن
ينبسط على ظهره وان استاجرها ليركبها فاردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا معتبر
بالثقل لان الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ولان
الادمي غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنايات
وان استاجرها ليحمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل عليها اكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل لانها عطبت
بما هو ماذون فيه وغير ماذون فيه والسبب الثقل فانقسم عليهما الا اذا كان حملا لا يطيقه
مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن قيمتها لعدم الاذن فيها اصلا لخروجه عن العادة وان كبح الدابة بلجامها
او ضربها فعطبت ضمن عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف
مما يدخل تحت مطلق العقد وكان حاصلا باذنه فلا يضمنه ولابي حنيفة ان الاذن مقيد
بشرط السلامة اذ يتحقق السوق بدونه وانما هما للمبالغة فيتقيد بوصف السلامة كالمرور
في الطريق وان استاجرها الى الحيرة فجاوز بها الى القادسية ثم ردها الى الحيرة ثم نفقت فهو ضامن وكذلك
العارية وقيل تاويل هذه المسئلة اذا استاجرها ذاهبا لا جائيا لينتهي العقد بالوصول الى الحيرة
فلا يصير بالعود مردودا الى يد المالك معنى اما اذا استاجرها ذاهبا وجائيا يكون بمنزلة المودع
اذا خالف في الوديعة ثم عاد الى الوفاق وقيل الجواب مجرى على الاطلاق والفرق ان المودع
مامور بالحفظ مقصودا فبقي الامر بالحفظ بعد العود الى الوفاق فحصل الرد الى نائب المالك
وفي الاجارة والعارية يصير الحفظ مامورا به تبعا للاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال
لم يبق هو نائبا فلا يبرأ بالعود وهذا اصح ومن اكترى حمارا بسرج فنزع السرج واسرجه
بسرج يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه لانه اذا كان يماثل الاول تناوله اذن المالك اذ لا فائدة
في التقييد بغيره الا اذا كان زائدا عليه في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة وان كان لا يسرج بمثله الحمر يضمن
لانه لا يتناوله الاذن من جهته فصار مخالفا وان اوكفه باكاف لا يوكف بمثله الحمر يضمن عند
ابي حنيفة وقالا يضمن بحسابه لانه اذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء فيكون
المالك راضيا به الا اذا كان زائدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض بالزيادة فصار
كالزيادة في الحمل المسمى ولابي حنيفة رحمه الله ان الاكاف ليس من جنس السرج لانه للحمل
والسرج للركوب وكذا ينبسط احدهما على ظهر الدابة ما لا ينبسط عليه الآخر فكان مخالفا كما
اذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة وان استاجر حمالا ليحمل له طعاما في طريق كذا فاخذ

يضمن لما قلنا في السرج وهذا اولى
وان اوكفه باكاف يوكف بمثله الحمر
صح

في طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه وان بلغ فله الاجر وهذا اذا لم يكن بين
الطريقين تفاوت لان عند ذلك التقييد غير مفيد اما اذا كان يتفاوت يضمن لصحة التقييد
فانه تقييد الا ان الظاهر عدم التفاوت اذا كان يسلكه الناس ولم يفصل واما اذا كان
طريقا لا يسلكه الناس فهلك ضمن لانه صح التقييد فصار مخالفا وان بلغ فله الاجر لانه ارتفع
الخلاف معنى وان بقي صورة فان حمله في البحر فيما يحمله الناس في البر ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر
وان بلغ فله الاجر لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى ومن استاجر ارضا ليزرعها حنطة
فزرعها رطبة ضمن ما نقصها لان الرطاب اضر بالارض من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة
الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شر فيضمن ما نقصها ولا اجر له لانه غاصب للارض على ما قررنا
ومن دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء فان شاء ضمنه قيمة الثوب وان
شاء اخذ القباء واعطاه اجر مثله لا يجاوز به درهما قيل معناه القرطق الذي هو ذو طاق
واحد لانه يستعمل استعمال القميص وقيل هو مجرى على اطلاقه لانهما يتقاربان في المنفعة
وعن ابي حنيفة انه يضمنه من غير خيار لان القباء خلاف جنس القميص ووجه الظاهر انه قميص من وجه فانه
يشد وسطه وينتفع به انتفاع القميص فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل الى اي الجهتين شاء الا
انه يجب اجر المثل لقصور جهة الموافقة ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو الحكم في سائر الاجارات
الفاسدة على ما نبينه في بابه ان شاء الله تعالى ولو خاطه سراويل وقد امر بالقباء قيل يضمنه
من غير خيار للتفاوت في المنفعة والاصح انه يخير للاتحاد في اصل المنفعة وصار
كما اذا امر بضرب طست من شبه فضرب منه كوزا فانه يخير كذا هذا والله اعلم

باب الاجارة الفاسدة

الاجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيع لانه
بمنزلته الا ترى انه عقد يقال ويفسخ والواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يجاوز
المسمى وقال زفر والشافعي يجب بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان ولنا ان المنافع
لا تتقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة الناس اليها فيكتفى بالضرورة في الصحيح منها الا ان
الفاسد تبع له ويعتبر ما يجعل بدلا في الصحيح عادة لكنهما اذا اتفقا على مقدار في الفاسد فقد اسقطا
الزيادة واذا نقص اجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية بخلاف البيع لان العين
متقوم في نفسه وهو الموجب الاصلي فان صحت التسمية انتقل عنه والا فلا ومن استاجر
دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور الا ان يسمي جملة شهور

معلومة

معلومة لان كلمة كل اذا دخلت فيما لا نهاية له تنصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم وكان
الشهر الواحد معلوما فيصح العقد فيه واذا تم كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة
لانتهاء العقد الصحيح ولو سمى جملة الشهور معلومة جاز لان المدة صارت معلومة فان سكن
ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ولم يكن للموجر ان يخرجه الى ان ينقضي وكذلك كل شهر
يسكن في اوله لانه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني الا ان الذي ذكره
في الكتاب هو القياس وقد مال اليه بعض المشايخ وظاهر الرواية ان يبقى الخيار لكل واحد
منهما في الليلة الاولى من الشهر الثاني ويومها لان في اعتبار الاول بعض الحرج واذا استاجر
دارا سنة بعشرة دراهم جاز وان لم يسم قسط كل شهر من الاجرة لان المدة معلومة بدون
التقسيم فصار كاجارة شهر واحد فانه جائز وان لم يبين قسط كل يوم ثم يعتبر ابتداء المدة
مما سمى وان لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي استاجره لان الاوقات كلها في حق الاجارة
على السواء فاشبه اليمين بخلاف الصوم لان الليالي ليست بمحل له ثم ان كان العقد حين يهل
الهلال فشهور السنة كلها بالاهلة لانها هي الاصل وان كان في اثناء الشهر فالكل
بالايام عند ابي حنيفة وهو رواية عن ابي يوسف وعند محمد وهو رواية عن ابي يوسف
الاول بالايام والباقي بالاهلة لان الايام يصار اليها ضرورة وهي في الاول منها وله
انه متى تم الاول بالايام ابتدى الثاني بالايام ضرورة فكذا الى اخر السنة ونظيره العدة
وقد عرف في الطلاق ويجوز اخذ اجرة الحمام والحجام اما الحمام فلتعارف الناس فلم تعتبر الجهالة
لاجماع المسلمين وقال عليه الصلوة والسلام ما راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن
واما الحجام فلما روي ان النبي عليه الصلوة والسلام احتجم واعطى الحجام اجرة ولانه استيجار
على عمل معلوم باجر معلوم فيقع جائزا ولا يجوز اخذ اجرة عسب التيس وهو ان يواجر فحلا
لينزو على الاناث لقوله عليه الصلوة والسلام ان من السحت عسب التيس والمراد اخذ
الاجرة عليه ولا الاستيجار على الاذان والحج وكذا الامامة وتعليم القران والفقه والاصل ان
كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستيجار عليه عندنا وعند الشافعي يصح في كل ما لا يتعين على الاجير
لانه استيجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز ولنا قوله عليه الصلوة والسلام اقرؤا القران ولا تاكلوا
به وفي اخر ما عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الى عثمان بن ابي العاص الثقفي رضي الله عنه وان اتخذت
مؤذنا فلا تاخذ على الاذان اجرا ولان القربة متى حصلت وقعت عن العامل ولهذا تعتبر اهليته

نهى عن عسب التيس وهو ضرابه يقال عسب الفحل الناقة يعسبها عسبا اذا [illegible] والمراد عن كراء العسب فحذف المضاف مغرب

فلا يجوز له اخذ الاجر من غيره كما في الصوم والصلوة ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل
المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح وعلى هذا تعليم الصناعات على رواية القدوري وبعض
مشايخنا استحسنوا الاستيجار على تعليم القران اليوم لانه ظهر التوانى في الامور الدينية ففي الامتناع
تضييع حفظ القران وعليه الفتوى ولا يجوز الاستيجار على الغناء والنوح وكذا سائر الملاهي لانه
استيجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد ولا يجوز اجارة المشاع عند ابي حنيفة الا من الشريك
وقالا اجارة المشاع جائزة وصورته ان يؤجر نصيبا من داره او نصيبه من دار مشتركة
من غير الشريك لهما ان للمشاع منفعة ولهذا يجب اجر المثل والتسليم ممكن بالتخلية او بالتهايؤ فصار
كما اذا آجر من شريكه او من رجلين وصار كالبيع ولابي حنيفة انه آجر ما لا يقدر على تسليمه
فلا يجوز وهذا لان تسليم المشاع وحده لا يتصور والتخلية اعتبرت تسليما لوقوعه تمكينا وهو الفعل
الذي يحصل به التمكن ولا تمكن في المشاع بخلاف البيع لحصول التمكن فيه واما التهايؤ فانما يستحق
حكما للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط جواز العقد وشرط
الشئ يسبقه ولا يعتبر المتراخي سابقا واما اذا آجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع
والاختلاف في النسبة لا يضره على انه لا يصح في رواية الحسن رحمه الله عنه وبخلاف الشيوع الطارى
لان القدرة على التسليم ليس بشرط للبقاء وبخلاف ما اذا آجر من رجلين لان التسليم يقع جملة
ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طارى ويجوز استيجار الظئر باجرة معلومة لقوله تعالى فان
ارضعن لكم فآتوهن اجورهن ولان التعامل به كان جاريا في عهد رسول الله صلى الله عليه
وسلم وقبله واقرهم عليه ثم قيل ان العقد يقع على المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام
به واللبن يستحق على طريق التبع بمنزلة الصبغ في الثوب وقيل ان العقد يقع على اللبن
والخدمة تابعة ولهذا لو ارضعته بلبن شاة لا تستحق الاجرة والاول اقرب الى الفقه
لان الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا كما اذا استاجر بقرة ليشرب لبنها وسنبين
العذر عن الارضاع بلبن الشاة ان شاء الله تعالى واذا ثبت ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة
معلومة اعتبارا بالاستيجار على الخدمة ويجوز بطعامها وكسوتها استحسانا عند ابي حنيفة
وقالا لا يجوز لان الاجرة مجهولة فصار كما اذا استاجرها للخبز والطبخ وله ان الجهالة لا تفضي
الى المنازعة لان في العادة التوسعة على الاظار شفقة على الاولاد فصار كبيع قفيز من صبرة بخلاف
الخبز والطبخ لان الجهالة فيه تفضي الى المنازعة وفي الجامع الصغير فان سمى الطعام دراهم ووصف

جنس

جنس الكسوة واجلها وذرعها وهو جائز يعني بالاجماع ومعنى تسمية الطعام دراهم ان يجعل
الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانها وهذا لا جهالة فيه ولو سمى الطعام وبين قدره جاز ايضا
لما قلنا ولا يشترط تأجيله لان اوصافها اثمان ويشترط بيان مكان الايفاء عند ابي حنيفة
خلافا لهما وقد ذكرناه في البيوع وفي الكسوة يشترط بيان الاجل ايضا مع بيان القدر والجنس
لانه انما يصير دينا في الذمة اذا صار مبيعا وانما يصير مبيعا عند الاجل كما في السلم وليس للمستاجر
ان يمنع زوجها من وطئها لان الوطي حق الزوج فلا يتمكن من ابطال حقه الا يرى ان له
ان يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به صيانة لحقه الا ان المستاجر منعه من غشيانها في منزله لان
المنزل حقه وان حبلت كان لهم ان يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها تصلح
لان لبن الحامل يفسد الصبي ولهذا كان لهم الفسخ اذا مرضت ايضا وعليها ان تصلح طعام
الصبي لان العمل عليها والحاصل انه يعتبر فيما لا نص عليه العرف في مثل هذا الباب فما جرى
به العرف من غسل ثياب الصبي واصلاح الطعام وغير ذلك على الظئر اما الطعام على والد
الولد وما ذكر محمد انه الدهن والريحان على الظئر فذلك من عادة اهل الكوفة فان ارضعته
في المدة بلبن شاة فلا اجر لها لانها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان هذا
ايجار وليس بارضاع فانما لم يجب الاجر لهذا المعنى لانه اختلف العمل ومن دفع الى
حائك غزلا لينسجه بالنصف فله اجر مثله وكذا اذا استاجر حمارا يحمل طعاما بقفيز منه
فالاجارة فاسدة لانه جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان وقد نهى النبي
عليه السلام عنه وهو ان يستاجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه وهذا اصل كبير
يعرف به فساد كثير من الاجارات لا سيما في ديارنا والمعنى فيه ان المستاجر عاجز
عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج او المحمول وحصوله بفعل الاجير فلا يعد هو قادرا
بقدرة غيره وهذا بخلاف ما اذا استاجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث
لا يجب الاجر لان الاجير ملك الاجر في الحال بالتعجيل فصار مشتركا بينهما ومن استاجر
رجلا ليحمل طعاما مشتركا بينهما لا يجب الاجر لانه ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فلا
يتحقق تسليم المعقود عليه ولا يجاوز بالاجر قفيزا لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل
مما سمى ومن اجر المثل لانه رضي بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب
حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد لان المسمى غير معلوم فلم يصح الحط ومن استاجر رجلا

ليخبز له

ليخبزه هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد عند ابي حنيفة وقالا في الاجارات
هو جائز لانه يجعل المعقود عليه عملا ويجعل ذكر الوقت للاستعجال تصحيحا للعقد فترتفع الجهالة
وله ان المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر
العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح ونفع المستاجر في الثاني ونفع الاجير في الاول
فيفضي الى المنازعة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يصح الاجارة اذا قال في اليوم وقد سمى عملا لانه
للظرف فكان المعقود عليه العمل بخلاف قوله اليوم وقد مر مثله في الطلاق ومن استاجر ارضا
على ان يكربها ويزرعها او يسقيها ويزرعها فهو جائز لان الزراعة مستحقة بالعقد ولا
تتأتى الزراعة الا بالسقي والكراب فكان كل واحد منهما مستحقا وكل شرط هذه صفته يكون من مقتضيات
العقد فذكره لا يوجب الفساد فان شرط ان يثنيها او يكري انهارها او يسرقنها
فهو فاسد لانه يبقى اثره بعد انقضاء المدة وانه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة
لاحد المتعاقدين وما هذا حاله فشرطه يوجب الفساد ولان مؤاجر الارض يصير مستاجرا منافع
الاجير على وجه تبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة وهو منهي عنه ثم قيل المراد بالتثنية ان
يردها مكروبة ولا شبهة في فساده وقيل ان يكربها مرتين في موضع تخرج الارض الريع بالكراب
مرة والمدة سنة واحدة وان كانت ثلث سنين لا تبقى التثنية منفعة وليس المراد
بكري الانهار الجداول بل المراد منه الانهار العظام هو الصحيح لانه تبقى منفعته في العام القابل
وان استاجرها ليزرعها بزراعة ارض اخرى فلا خير فيه وقال الشافعي رحمه الله هو جائز وعلى هذا
اجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب له ان المنافع بمنزلة الاعيان
حتى جازت الاجارة باجرة دين ولا يصير دينا بدين ولنا ان الجنس بانفراده يحرم
النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة والى هذا اشار محمد رحمه الله ولان الاجارة
جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة واذا كان
الطعام بين رجلين واستاجر احدهما صاحبه او حمار صاحبه على ان يحمل نصيبه فحمل
الطعام كله فلا اجر له وقال الشافعي رحمه الله له المسمى لان المنفعة عين عنده وبيع العين
شائعا جائز كما اذا استاجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام او عبدا
مشتركا ليخيط له الثياب ولنا انه استاجره لعمل لا وجود له لان الحمل فعل حسي لا يتصور
في الشائع بخلاف البيع لانه تصرف حكمي واذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الاجر ولانه

ما من جزء

ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم بخلاف الدار المشتركة لان المعقود عليه
هناك المنافع ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما
هو ملك نصيب صاحبه وانه امر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع ومن استاجر ارضا ولم يذكر
انه يزرعها او اي شيء يزرعها فالاجارة فاسدة لان الارض تستاجر للزراعة ولغيرها وكذا
ما يزرع فيها مختلف فمنه ما يضر بالارض وما لا يضر بها غيره فلم يكن المعقود عليه معلوما فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى
وهذا استحسان وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وجه
الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا كما اذا ارتفعت في حالة العقد
وصار كما اذا اسقط الاجل المجهول قبل مضيه والخيار الزائد في المدة ومن استاجر حمارا الى
بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس في مثله فنفق في بعض الطريق فلا ضمان عليه
لان العين المستاجرة امانة في يد المستاجر وان كانت الاجارة فاسدة وان بلغ
بغداد فله الاجر المسمى استحسانا على ما ذكرنا في المسألة الاولى وان اختصما قبل ان يحمل عليه وفي المسألة
الاولى قبل ان يزرع نقضت الاجارة دفعا للفساد اذ الفساد قائم بعد

باب ضمان الاجير قال الاجراء على ضربين اجير مشترك واجير خاص فالمشترك
من لا يستحق الاجرة حتى يعمل كالقصار والصباغ لان المعقود عليه اذا كان هو العمل
او اثره كان له ان يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد فمن هذا الوجه يسمى
مشتركا والمتاع امانة في يده ان هلك لم يضمن شيئا عند ابي حنيفة وهو قول زفر ويضمنه
عندهما الا من شيء غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر لهما ما روي عن عمر وعلي
رضي الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكنه العمل الا به
فاذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديعة
اذا كانت باجر بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف انفه والحريق الغالب وغيره
لانه لا تقصير من جهته ولابي حنيفة ان العين امانة في يده لان القبض حصل باذنه ولهذا
لو هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه لا يضمنه ولو كان مضمونا لضمنه كما في المغصوب والحفظ
مستحق عليه تبعا لا مقصودا ولهذا لا يقابله الاجر بخلاف المودع باجر لان الحفظ مستحق عليه
مقصودا حتى يقابله الاجر وما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل

الذي تشد به المكاري الحمل وغرق السفينة من مدها مضمون عليه وقال زفر والشافعي رحمهما الله
لانه امره بالفعل مطلقا فينتظم بنوعيه المعيب والسليم وصار كاجير الوحد ومعين القصار
ولنا ان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى
الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر ولم يكن المفسد ماذونا فيه بخلاف المعين
لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده
وبخلاف اجير الوحد على ما نذكره انشاء الله تع وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه
الا انه لا يضمن به بني آدم ممن غرق في السفينة او سقط من الدابة وان كان بسوقه
وقوده لان الواجب ضمان الآدمي وانه لا يجب بالعقد وانما وجب بالجناية
ولهذا يجب على العاقلة وضمان العقود لا تتحمله العاقلة واذا استاجر من يحمل له دنا
من الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله
ولا اجر له وان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر واعطاه الاجر بحسابه اما الضمان
فلما قلنا والسقوط بالعثار او بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنيعه واما الخيار فلانه اذا
انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه آخر
وهو ان ابتداء الحمل حصل باذنه فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى اي
الوجهين شاء وفي الوجه الثاني له الاجر بقدر ما استوفى وفي الاول لا اجر له لانه
لانه ما استوفى اصلا واذا فصد الفصاد او بزغ البزاغ ولا يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان
عليه فيما عطب من ذلك وفي الجامع الصغير بيطار بزغ دابة بدانق فنفقت او حجام حجم عبدا
بامر مولاه فمات لا ضمان عليه وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان ووجهه انه لا يمكنه
التحرز عن السراية لانه يبتني على قوة الطبائع وضعفها في تحمل الالم فلا يمكن التقييد بالمصلح
من العمل ولا كذلك دق الثوب ونحوه مما قدمناه لان قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد
فامكن القول بالتقييد والاجير الخاص يستحق الاجر بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن
استوجر شهرا للخدمة او لرعي الغنم وانما سمي اجير وحد لانه لا يمكنه ان يعمل لغيره لان منافعه
في المدة صارت مستحقة له والاجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الاجر مستحقا وان نقض
العمل ولا ضمان على الاجير الخاص فيما تلف في يده ولا ما تلف من عمله اما الاول فلان العين

امانة

امانة في يده لانه قبض باذنه وهذا ظاهر عنده وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك نوع
استحسان عندهما لصيانة اموال الناس واجير الواحد لا يتقبل الاعمال فيكون السلامة غالبة فيؤخذ
فيه بالقياس واما الثاني فلان المنافع متى صارت مملوكة للمستاجر فاذا امره بالتصرف في ملكه
صح ويصير نائبا منابه فصار فعله منقولا اليه كانه فعل بنفسه فلهذا لا يضمنه والله اعلم

باب الاجارة على احد الشرطين واذا قال للخياط ان خطت هذا الثوب فارسيا فبدرهم
وان خطته روميا فبدرهمين جاز واي العملين عمل استحق الاجرة وكذا اذا قال للصباغ
ان صبغته بعصفر فبدرهم وان صبغته بزعفران فبدرهمين وكذا اذا خيره بين شيئين
بان قال آجرتك هذه الدار شهرا بخمسة او هذه الدار الاخرى بعشرة وكذا اذا خيره
بين مسافتين مختلفتين بان قال آجرتك هذه الدابة الى الكوفة بكذا والى واسط
بكذا وكذا اذا خيره بين ثلثة اشياء وان خيره بين اربعة لم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع
والجامع دفع الحاجة غير انه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك
لان الاجر انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد
فيتحقق الجهالة على وجه لا يرتفع المنازعة الا باثبات الخيار له ولو قال ان خطته اليوم فبدرهم
وان خطته غدا فبنصف درهم فان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله اجر مثله عند ابي حنيفة
لا يجاوز به نصف درهم وفي الجامع الصغير لا ينقص عن نصف درهم ولا يزاد على درهم وقال ابو يوسف
ومحمد الشرطان جائزان وقال زفر الشرطان فاسدان لان الخياطة شيء واحد وقد ذكر في مقابلته
بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان
ولهما ان ذكر اليوم للتاقيت وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان ولان التعجيل
والتاخير مقصود فنزل منزلة اختلاف النوعين ولابي حنيفة ان ذكر الغد للتعليق حقيقة
ولا يمكن حمل اليوم على التاقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل واذا كان كذلك
يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب اجر المثل
لا يجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى في اليوم الثاني وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص
عن نصف درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم في اليوم الثاني فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية
الثانية لمنع النقصان فان خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند ابي حنيفة
هو الصحيح لانه اذا لم يرض بالتاخير الى الغد فبالزيادة عليه الى ما بعد الغد اولى ولو قال ان سكنت في هذا

مطلب التخيير بين الاثنين والثلثة يجوز وبين الاربعة لا

الدكان عطاراً فبدرهم وان سكنته حداداً فبدرهمين جاز واي الامرين فعل
استحق المسمى فيه عند ابي حنيفة رح وقالا الاجارة فاسدة وكذلك ان استأجر
بيتاً على انه ان اسكن فيه عطاراً فبدرهم وان اسكن فيه حداداً فبدرهمين فهو جائز
عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز ومن استأجر دابة الى الحيرة بدرهم
وان جاوز بها الى القادسية فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف وان استأجرها
الى الحيرة على انه ان حمل عليها كر شعير فبنصف درهم وان حمل عليها كر حنطة فبدرهم
فهو جائز في قول ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز وجه قولهما ان المعقود عليه احد شيئين وهو
مجهول والجهالة توجب الفساد بخلاف خياطة الرومية والفارسية لان الاجر يجب بالعمل
وعنده ترتفع الجهالة اما في هذه المسئلة يجب الاجر بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة
وهذا الحرف هو الاصل عندهما ولابي حنيفة رح انه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين
فيصح كما في مسئلة الرومية والفارسية وهذا لان سكناه بنفسه يخالف اسكانه الحداد
الا يرى انه لا يدخل ذلك في مطلق العقد وكذا في اخواتها والاجارة تعقد للانتفاع
وعنده ترتفع الجهالة فلو احتيج الى الايجاب بمجرد التسليم يجب اقل الاجرين للتيقن به

وكذا الاجر الا احد شيئين وهو مجهول

باب اجارة العبد

قال ومن استأجر عبداً ليخدمه فليس له ان يسافر به
الا ان يشترط ذلك لان خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق
ولهذا جعل السفر عذراً فلا بد من اشتراطه كاسكان الحداد والقصار في الدار
ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فاذا تعينت الخدمة في الحضر لا يبقى غيره
داخلا كما في الركوب ومن استأجر عبداً محجوراً عليه شهراً واعطاه الاجر فليس
للمستأجر ان يأخذ منه الاجر اصله ان الاجارة صحيحة استحساناً اذا فرغ من العمل
والقياس ان لا يجوز لانعدام اذن المولى وقيام الحجر وصار كما اذا هلك العبد
وجه الاستحسان ان التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالماً ضار على اعتبار هلاك
العبد والنافع مأذون فيه دلالة كقبول الهبة واذا جاز لم يكن للمستأجر ان يأخذ
منه ومن غصب عبداً فآجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الاجر فأكله فلا ضمان
عليه عند ابي حنيفة رح وقالا هو ضامن لانه اكل مال المالك بغير اذنه اذ الاجارة
قد صحت على ما مر وله ان الضمان يجب باتلاف مال محرز لان التقوم به وهذا غير

محرز

محرز في حق الغاصب لان العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما في يده وان وجد المولى الاجر
قائماً بعينه اخذه لانه وجد عين ماله ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم جميعاً لانه مأذون له
في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر ومن استأجر عبداً هذين الشهرين شهراً باربعة وشهراً
بخمسة فهو جائز والاول منهما باربعة لان الشهر المذكور اولاً ينصرف الى ما يلي العقد تحرياً للجواز
ونظراً الى تنجز الحاجة فينصرف الثاني الى ما يلي الاول ضرورة ومن استأجر عبداً شهراً بدرهم
فقبضه في اول الشهر وهو آبق او مريض فقال ابق او مرض حين اخذته وقال المولى
لم يكن ذلك الا قبل ان تأتيني بساعة فالقول قول المستأجر وان جاء به وهو صحيح فالقول
قول المؤجر لانهما اختلفا في امر محتمل فيترجح بحكم الحال اذ هو دليل على قيامه من قبل وهو يصلح
حجة في نفسه اصله الاختلاف في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه

ثم جاء مستاجره آخر الشهر صح

مرجحا وان لم يصلح صح

باب الاختلاف في الاجارة

واذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال صاحب الثوب
امرتك ان تعمله قباء وقال الخياط قميصاً او قال صاحب الثوب للصباغ امرتك ان تصبغه
احمر فصبغته اصفر وقال الصباغ لا بل امرتني اصفر فالقول لصاحب الثوب لان
الاذن يستفاد من جهته الا يرى انه لو انكر اصل الاذن كان القول قوله فكذا اذا انكر
صفته لكنه يحلف لانه انكر شيئاً لو اقر به لزمه واذا حلف فالخياط ضامن ومعناه ما مر
في قبل انه بالخيار ان شاء ضمنه وان شاء اخذه واعطاه اجر مثله وكذا يخير في مسئلة الصبغ
اذا حلف ان شاء ضمنه قيمة الثوب ابيض وان شاء اخذ الثوب واعطاه اجر مثله لا يجاوز
به المسمى وذكر في بعض النسخ انه يضمنه ما زاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغصب وان قال صاحب
الثوب عملته لي بغير اجر وقال الصانع باجر فالقول قول صاحب الثوب عند ابي حنيفة رح لانه
ينكر تقوم عمله اذ هو يتقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه فالقول قول المنكر وقال ابو يوسف
ان كان الرجل حريفاً له اي خليطاً له فله الاجر والا فلا لان سبق ما بينهما يعين جهة الطلب باجر
جرياً على معتادهما وقال محمد رح ان كان الصانع معروفاً بهذه الصنعة بالاجر فالقول
قوله لانه لما فتح الحانوت لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتباراً للظاهر والقياس
ما قاله ابو حنيفة رح لانه منكر والجواب عن استحسانهما ان الظاهر للدفع والحاجة الى الاستحقاق

باب فسخ الاجارة

ومن استأجر داراً فوجد بها عيباً يضر بالسكنى فله الفسخ لان
المعقود عليه المنافع وانها توجد شيئاً فشيئاً فكان هذا عيباً حادثاً قبل القبض فيوجب

بخيار كما في البيع ثم المستاجر اذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه تسليم جميع
البدل كما في البيع وان فعل الموجر ما ازال به العيب فيلزمه تسليم جميع فلا خيار للمستاجر
لزوال سببه واذا خربت الدار او انقطع شرب الضيعة او انقطع الماء عن الرحا
انفسخت الاجارة لان المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه
فوت المبيع قبل القبض وموت العبد المستاجر ومن اصحابنا من قال ان العقد لا ينفسخ
لان المنافع فاتت على وجه يتصور عودها فاشبه الاباق في البيع وعن محمد ان الموجر
لو بناها ليس للمستاجر ان يمتنع ولا للموجر وهذا تنصيص منه على انه لم ينفسخ لكنه يفسخ
ولو انقطع ماء الرحا والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه جزء
من المعقود عليه واذا مات احد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت لانه
لانه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة او الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقا بالعقد لانه (العقد يكون مستحقا لغير العاقد)
ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز وان عقدها لغيره لا ينفسخ مثل الوكيل والوصي
والمتولي في الوقف لانعدام ما اشرنا اليه من المعنى ويصح شرط الخيار في الاجارة
وقال الشافعي رح لا يصح لان المستاجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات
بعضه ولو كان للموجر فلا يمكنه التسليم ايضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار ولنا انه
عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع والجامع دفع الحاجة
وفوات بعض المعقود عليه في الاجارة لا يمنع الرد بخيار العيب وكذا بخيار الشرط بخلاف البيع
وهذا لان رد الكل ممكن في البيع دون الاجارة فيشترط فيه دونها (دون الاجارة) ولهذا يجبر
المستاجر على القبض اذا سلم الموجر بعد مضي بعض المدة (وبرد الكل في البيع) وتفسخ الاجارة بالاعذار عندنا
وقال الشافعي رح لا تفسخ الا بالعيب لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها فاشبه
البيع ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض
في البيع فتفسخ به اذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق
وهذا هو معنى العذر عندنا وهو كمن استاجر حدادا ليقلع ضرسه لوجع به فسكن الوجع
او استاجر طباخا ليطبخ له طعام الوليمة فاختلعت منه تنفسخ الاجارة لان في المضي عليه
الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد (اي المراة بعد الاستيجار من الزوج) وكذا من استاجر دكانا في السوق ليتجر فيه فذهب ماله
وكذا من آجر دكانا او دارا ثم افلس ولزمته ديون لا يقدر على قضائها الا من ثمن ما آجر

فسخ

فسخ القاضي الاجارة وباعها في الدين لان في الجري على موجب العقد الزام ضرر زائد
لم يستحق بالعقد وهو الحبس لانه قد لا يصدق على عدم مال آخر ثم قوله فسخ القاضي العقد (العقد يفسخ)
اشارة الى انه يفتقر الى قضاء القاضي في النقض وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين وقال
في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه
الى قضاء القاضي ووجهه ان هذا بمنزلة العيب قبل القبض في المبيع على ما مر فينفرد العاقد بالفسخ
وجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي ومنهم من وفق فقال اذا كان العذر ظاهرا
لا يحتاج الى القضاء لظهور العذر وان كان غير ظاهر كالدين يحتاج الى القضاء ومن استاجر دابة
ليسافر عليها ثم بدا له من السفر فهو عذر لانه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد لانه ربما يذهب
للحج فذهب وقته او لطلب غريمه فحضر (او حصل المقصود من السفر) او للتجارة فافتقر وان بدا للمكاري فليس ذلك بعذر لانه يمكنه
ان يقعد ويبعث الدواب على يد تلميذه او اجيره ولو مرض فقعد فكذا الجواب على رواية الاصل
وروى الكرخي رح انه عذر لانه لا يعرى عن ضرر فيدفع عنه عند الضرورة (الموجر) دون الاختيار ومن
آجر عبده ثم باعه فليس بعذر لانه لا يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد وانما يفوته الاسترباح
وانه امر زائد واذا استاجر الخياط غلاما فافلس وترك العمل فهو عذر لانه يلزمه الضرر بالمضي
على موجب العقد لفوت مقصوده وهو رأس ماله وتأويل المسئلة خياط يعمل لنفسه اما الذي يخيط
باجر فرأس ماله الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق الافلاس فيه وان اراد ترك الخياطة وان يعمل
في الصرف فليس بعذر لانه يمكنه ان يقعد الغلام للخياطة في ناحية وهو في الصرف في ناحية وهذا بخلاف
ما اذا استاجر دكانا للخياطة فاراد ان يتركها ويشتغل بعمل آخر حيث جعله عذرا ذكره في الاصل
لان الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين اما هنا العامل شخصان فامكنهما ومن استاجر غلاما
يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر لانه لا يعرى عن الزام ضرر زائد لان الخدمة في السفر اشق
وفي المنع من السفر ضرر وكل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون عذرا وكذا اذا اطلق لما مر انه
يتقيد بالحضر بخلاف ما اذا آجر العقار ثم سافر لانه لا ضرر اذ المستاجر يمكنه استيفاء
المنفعة بعد غيبته حتى لو اراد المستاجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر او الزام الاجر بدون الانتفاع
وذلك ضرر مسائل منثورة ومن استاجر ارضا او استعارها فاحرق الحصائد
فاحترق شيء في ارض اخرى فلا ضمان عليه لانه غير متعد في هذا التسبب فاشبه حافر البئر في دار
نفسه وقيل هذا اذا كانت الرياح هادئة ثم تغيرت اما اذا كانت مضطربة يضمن لان موقد

الا انه قد يعلم انها لا تستقر في ارضه واذا اقعد الخياط او الصباغ في حانوته من يطرح
عليه العمل بالنصف فهو جائز لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته
يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا يضره الجهالة فيما يحصل ومن استاجر جملا يحمل عليه محملا وراكبين
الى مكة جاز وله المحمل المعتاد وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي رح للجهالة فيه وقد يفضي ذلك
الى المنازعة وجه الاستحسان ان المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع له وما فيه من الجهالة
ترتفع بالصرف الى المتعارف فلا تفضي الى المنازعة وكذا اذا لم ير الوطاء والدثر وان شاهد
الجمال المحمل فهو اجود لانه انفى للجهالة واقرب الى تحقق الرضا ومن استاجر بعيرا ليحمل عليه
مقدارا من الزاد فاكل منه في الطريق جاز له ان يرد عوض ما اكل لانه استحق عليه حملا مسمى في جميع
الطريق فله ان يستوفيه وكذا غير الزاد من المكيل والموزون ورد الزاد معتاد عند البعض
كرد الماء فلا مانع من العمل بالاطلاق والله اعلم

كتاب المكاتب

واذا كاتب
المولى عبده او امته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتبا اما الجواز فلقوله تعالى
فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وهذا ليس امر ايجاب باجماع بين الفقهاء وانما هو
امر ندب هو الصحيح وفي الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه اما الندبية معلقة
به والمراد بالخير المذكور على ما قيل ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق وان كان يضر بهم فالافضل ان لا
يكاتبه وان كان يصح لو فعله واما اشتراط قبول العقد فلانه مال يلزمه فلا بد من التزامه ولا يعتق الا باداء
كل البدل لقوله عليه السلام ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد
وقال عليه الصلوة والسلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه اختلاف الصحابة وما اخترناه قول زيد
بن ثابت ويعتق باداءه وان لم يقل المولى اذا اديتها فانت حر لان موجب العقد يثبت
من غير التصريح به كما في البيع ولا يجب حط شيء من البدل اعتبارا بالبيع ويجوز ان يشترط
المال حالا ويجوز مؤجلا ومنجما وقال الشافعي رح لا يجوز حالا ولا بد من نجمين لانه عاجز
عن التسليم في زمان قليل لعدم الاهلية قبله للرق بخلاف السلم على اصله لانه اهل للملك
فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فيثبت ولنا ظاهر ما تلونا
من غير شرط التنجيم ولانه عقد معاوضة والبدل معقود به فاشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط
القدرة عليه بخلاف السلم على اصلنا لان المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه ولانه
مبنى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى ظاهرا بخلاف السلم لان مبناه على المضايقة وفي الحال

كما امتنع من الاداء يرد في الرق ويجوز كتابة العبد الصغير اذا كان يعقل البيع والشراء لتحقق
الايجاب والقبول اذ العاقل من اهل القبول والتصرف نافع في حقه والشافعي رح يخالفنا فيه
وهو بناء على مسألة اذن الصبي في التجارة وهذا بخلاف ما اذا كان لا يعقل البيع والشراء لان القبول
لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد حتى لو ادى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع ومن قال لعبده جعلت عليك
الفا تؤديها الي نجوما اول النجم كذا واخره كذا فاذا اديتها فانت حر وان عجزت فانت رقيق
فان هذه مكاتبة لانه اتى بتفسير الكتابة ولو قال اذا اديت الي الفا كل شهر مائة فانت حر
فهذه مكاتبة في رواية سليمان لان التنجيم يدل على الوجوب وذلك بالكتابة وفي نسخ ابي حفص لا تكون
مكاتبة اعتبارا بالتعليق بالاداء مرة واذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج
عن ملكه اما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده الى مالكية نفسه او
لتحقيق مقصود الكتابة وهو اداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر وان نهاه المولى
واما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا ولانه عقد معاوضة ومبناه على المساواة وينعدم ذلك
بتنجز العتق ويتحقق بتأخره لانه يثبت له نوع مالكية ويثبت للمولى في الذمة حق فان
اعتقه عتق بعتقه لانه مالك لرقبته وسقط عنه بدل الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلا بحصول
العتق به وقد حصل دونه واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر لانها صارت اخص باجزائها توسلا
الى المقصود بالكتابة وهو الوصول الى البدل من جانبه والى الحرية من جانبها بناء عليه ومنافع
البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان وان جنى عليها او على ولدها لزمته الجناية لما بينا وان
اتلف مالا لها غرمه لان المولى كالاجنبي في حق اكسابها ونفسها اذ لو لم يجعل كذلك لاتلفه
المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى بالعقد

فصل في الكتابة الفاسدة

واذا كاتب المسلم عبده
على خمر او خنزير او على قيمة نفسه فالكتابة فاسدة اما الاول فلان الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم لانه
ليس بمال في حقه فلا يصلح بدلا فيفسد العقد واما الثاني فلان القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا
فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب او دابة ولانه تنصيص على ما هو موجب العقد
الفاسد لانه موجب للقيمة فان ادى الخمر عتق وقال زفر رح لا يعتق الا باداء القيمة لان البدل
هو القيمة وعن ابي يوسف رح انه يعتق باداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة ايضا
لانه هو البدل معنى وعن ابي حنيفة رح انه انما يعتق باداء عين الخمر اذا قال ان اديتها فانت
حر لانه حينئذ يكون العتق بالشرط وصار كما اذا كاتب على ميتة او دم ولا فصل في ظاهر الرواية

ووجه الفرق بينها وبين الميتة ان الخمر والخنزير مال في الجملة فامكن اعتبار معنى العقد فيه وموجبه
العتق عند اداء العوض المشروط واما الميتة فليست بمال اصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد
فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه واذا عتق باداء الخمر لزمه ان يسعى في قيمته
لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب عليه رد قيمته كما في البيع الفاسد
اذا اتلف المبيع ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه لانه عقد فاسد فيجب القيمة عند هلاك
المبدل بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد وهذا لان المولى ما رضي بالنقصان والعبد
رضي بالزيادة كيلا يبطل حقه في العتق اصلا فيجب بالغة ما بلغت وفيما اذا كاتبه على قيمته
يعتق باداء القيمة لانه هو البدل وامكن اعتبار معنى العقد فيه واثر الجهالة في الفساد
بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق باداء الثوب لانه لا يوقف فيه على مراد
العاقد لاختلاف اجناسه فلا يثبت العتق بدون ارادته وكذلك ان كاتبه على شيء
بعينه لغيره لم يجز لانه لا يقدر على تسليمه ومراده شيء يتعين بالتعيين حتى لو قال كاتبتك
على هذه الالف الدرهم وهي لغيره جاز لانها لا تتعين في المعاوضات فيتعلق بدراهم دين
في الذمة فيجوز وعن ابي حنيفة رحمه الله رواه الحسن رحمه الله انه يجوز حتى اذا ملكه وسلمه يعتق وان عجز
يرد في الرق لان المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم فاشبه الصداق قلنا العين في
المعاوضات معقود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط الصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ
كما في البيع بخلاف الصداق في النكاح لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط فعلى
ما هو تابع فيه اولى ووجه آخر ان المقصود في الكتابة ان يملك المكاتب مكاسبه ونفسه فيصير حرا يدا
وذلك ضرورة حاجته الى اداء البدل منها واذا كان البدل عينا لا يحتاج اليه فلا ينعقد معقودا
فيفسد فلو اجاز صاحب العين ذلك وعن محمد انه يجوز لانه يجوز البيع عند الاجازة فالكتابة
اولى وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الاجازة على ما قال في الكتاب والجامع انه لا يفيد
المكاسب وهو المقصود لانها تثبت للحاجة الى الاداء منها ولا حاجة فيما اذا كان البدل
عينا معينا والمسئلة فيه على ما بيناه وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز اجاز ذلك او لم يجز غير انه عند
الاجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها يجب تسليم قيمته كما في النكاح والجامع صحة التسمية لكونه مالا
ولو ملك المكاتب ذلك العين فعن ابي حنيفة رواه ابو يوسف انه اذا اداه لا يعتق وعلى هذه
الرواية لم ينعقد العقد الا اذا قال له اذا اديت الي فانت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط وهكذا عن

ابي يوسف رحمه الله وعنه انه يعتق قال ذلك او لم يقل لان العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى
مالا فيعتق باداء المشروط ولو كاتبه على عين في يد المكاتب ففيه روايتان وهي مسئلة
الكتابة على الاعيان وقد عرف ذلك في الاصل وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهى
فان كاتبه على مائة دينار على ان يرد المولى اليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف هي جائزة ويقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب
وقيمة عبد وسط فيبطل منها حصة العبد ويكون مكاتبا بما بقي لان العبد المطلق يصلح
بدل الكتابة وينصرف الى الوسط فكذا يصلح مستثنى منه وهو الاصل في ابدال العقود
ولهما انه لا يستثنى العبد من الدنانير وانما يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا وكذا مستثنى
واذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة ومعناه ان يبين الجنس ولا يبين النوع
والصفة وينصرف الى الاوسط ويجبر على قبول القيمة وقد مر في النكاح اما اذا لم يبين الجنس مثل ان يقول
دابة لا يجوز لانه يشمل اجناسا مختلفة فتتفاحش الجهالة واذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة
ومثلها يتحمل في الكتابة فتعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل فيه وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز وهو القياس لانه
معاوضة فاشبه البيع ولنا انه معاوضة مال بغير مال او بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح
والجامع انه يبتنى على المسامحة بخلاف البيع لانه مبنى على المماكسة واذا كاتب النصراني عبده على
خمر فهو جائز معناه اذا كان مقدارا معلوما والعبد كافرا لانه مال في حقهم بمنزلة الخل في حقنا وايهما اسلم
فللمولى قيمة الخمر لوقوع العجز عن تسليم الخمر لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وفي التسليم
ذلك اذ الخمر غير معين فيعجز عن تسليم بدل الكتابة فيجب عليه قيمته وهذا بخلاف ما اذا تبايعا
الذميان خمرا ثم اسلم احدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض لان القيمة تصلح بدلا في
الكتابة في الجملة فانه لو كاتب على وصيف واتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز ان يبقى العقد
على القيمة اما البيع لا ينعقد صحيحا على القيمة فافترقا واذا قبضها عتق لان في الكتابة معنى
المعاوضة فاذا وصل احد العوضين الى المولى يسلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق
بخلاف ما اذا كان العبد مسلما حيث لم تجز الكتابة لان المسلم ليس من اهل التزام الخمر ولو
اداها عتق وقد بيناه من قبل والله اعلم باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله ويجوز للمكاتب
البيع والشراء والسفر لان موجب الكتابة ان يصير حرا يدا وذلك بمالكية التصرف مستبدا
تصرفا يوصله الى المقصود وهو نيل الحرية باداء البدل والبيع والشراء من هذا القبيل وكذا السفر

لان التجارة ربما لا تتفق في الحضر فيحتاج الى المسافرة ويملك البيع بالمحاباة لانه من صنيع
التجار فان التاجر قد يحابي في صفقة ليربح في اخرى فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة
فله ان يخرج استحسانا لان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد
وثبوت الاختصاص فبطل الشرط وصح العقد لانه شرط لم يتمكن في صلب العقد وبمثله لا تفسد
الكتابة وهذا لان الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فالحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب
العقد كما اذا شرط عليه خدمة مجهولة لانه في البدل وبالنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه
هذا هو الاصل او نقول ان الكتابة في جانب العبد اعتاق لانه اسقاط الملك وهذا الشرط
يخص العبد فاعتبر اعتاقا في حق هذا الشرط والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة ولا يتزوج
الا باذن المولى لان الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود والتزوج
ليس وسيلة اليه ويجوز باذن المولى لان الملك له ولا يهب ولا يتصدق الا بالشيء اليسير
لان الهبة والصدقة تبرع وهو غير مالك ليملكه الا ان الشيء اليسير من ضرورات التجارة
لانه لا يجد بدا من ضيافة واعارة ليجتمع عليه المجاهزون ومن ملك شيئا يملك ما هو
من ضروراته وتوابعه ولا يتكفل لانه تبرع محض وليس من ضرورات التجارة والاكتساب
ولا يملكه بنوعيه نفسا ومالا لان كل ذلك تبرع ولا يقرض لانه تبرع ليس من توابع الاكتساب
فان وهب على عوض لم يصح لانه تبرع ابتداء فان زوج امته جاز لانه اكتساب
للمال فانه يتملك به المهر فدخل تحت العقد وكذلك ان كاتب عبده والقياس ان لا يجوز
وهو قول زفر والشافعي لان مآله العتق والمكاتب ليس من اهله كالاعتاق على مال وجه
الاستحسان انه عقد اكتساب للمال فيملكه كتزويج الامة وكالبيع وقد يكون هو انفع له من البيع لانه
لا يزيل الملك الا بعد وصول البدل اليه والبيع يزيله قبله ولهذا يملكه الاب والوصي ثم هو
يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له بخلاف الاعتاق على مال لانه يوجب فوق ما هو ثابت
له فان ادى الثاني قبل ان يعتق الاول فولاؤه للمولى لان له فيه نوع ملك وتصح اضافة
الاعتاق اليه في الجملة فاذا تعذر اضافته الى مباشر العقد لعدم الاهلية اضيف اليه
كما في العبد اذا اشترى شيئا فلو ادى الاول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء اليه لان
المولى جعل معتقا والولاء لا ينتقل عن المعتق وان ادى الثاني بعد عتق الاول فولاؤه
له لان العاقد من اهل ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت له وان اعتق عبده على مال

او باعه نفسه بالحد لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه اما الاول فلانه
اسقاط الملك عن رقبته واثبات الدين في ذمة المفلس وكذا الثاني لانه اعتاق على مال في الحقيقة
واما الثالث فلانه تنقيص العبد وتعييب له وشغل رقبته بالمهر والنفقة بخلاف تزويج الامة
لانه اكتساب لاستفادته المهر على ما مر وكذا الاب والوصي في رقيق الصغير
بمنزلة المكاتب لانهما يملكان الاكتساب كالمكاتب ولان في تزويج الامة والكتابة
نظرا ولا نظر فيما سواهما والولاية نظرية واما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال ابو يوسف له ان يزوج امته وعلى هذا الخلاف
المضارب والمفاوض والشريك شركة عنان وهو قاسه على المكاتب واعتبره
بالاجارة ولهما ان المأذون له يملك التجارة وهذا ليس بتجارة فاما المكاتب
يملك الاكتساب وهذا اكتساب ولانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون
الاجارة اذ هي مبادلة المال بالمال ولهذا لا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد فصل
واذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته لانه من اهل ان يكاتب اذ لم يكن من
اهل الاعتاق فيجعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان الا يرى ان الحر لو كان
يملك الاعتاق يعتق عليه وان اشترى ذا رحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته
عند ابي حنيفة وقالا يدخل اعتبارا بقرابة الولاد اذ وجوب الصلة ينتظمهما ولهذا
لا يفترقان في الحر في حق الحرية وله ان للمكاتب كسبا لا ملكا غير ان الكسب يكفي
للصلة في الولاد حتى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفي في
غيرها حتى لا تجب نفقة الاخ الا على الموسر ولان هذه قرابة توسطت بين بني
الاعمام وقرابة الولاد فالحقناها بالثاني في العتق وبالاول في الكتابة وهذا
اولى لان العتق اسرع نفوذا من الكتابة حتى ان احد الشريكين اذا كاتب كان للاخر
فسخه واذا اعتق لا يكون له فسخه واذا اشترى ام ولده دخل ولدها في الكتابة
ولم يجز بيعها ومعناه اذا كان معها ولده اما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرنا واما
امتناع بيعها فلانها تبع للولد في هذا الحكم قال النبي صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها
وان لم يكن معها ولد فكذلك الجواب في قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لانها ام ولد
خلافا لابي حنيفة وله ان القياس ان يجوز بيعها وان كان معها ولد لان كسب

المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ الا انه يثبت هذا الحق فيما اذا كان
معها ولد تبعا لثبوته في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت يثبت ابتداء والقياس
ينفيه وان ولد له ولد من امة له دخل في الكتابة لما بينا في المشتري وكان حكمه
كحكمه وكسبه له لان كسب الولد كسب كسبه ويكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة
اختصاصه وكذلك اذا ولدت المكاتبة ولدا لان حق امتناع البيع ثابت فيها
مؤكدا فيسري الى الولد كالتدبير والاستيلاد ومن زوج امته من عبده ثم كاتبها
فولدت منه ولدا دخل في كتابتها وكان كسبه لها لان تبعية الام راجح ولهذا
يتبعها في الرق والحرية وان تزوج المكاتب باذن مولاه امرأة زعمت انها حرة
فولدت منه ثم استحقت فاولادها عبيد ولا يأخذهم بالقيمة وكذلك العبد اذن له
المولى بالتزوج وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد اولادها احرار بالقيمة
لانه شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور وهذا لانه ما رغب في نكاحها
الا لينال حرية الاولاد ولهما انه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا وهذا لان الاصل
ان الولد يتبع الام في الرق والحرية خالفنا هذا الاصل في الحر باجماع الصحابة رضي
وهذا ليس في معناه لان حق المولى هناك مجبور بالقيمة ناجزة وهنا بالقيمة متأخرة
الى ما بعد العتاق ولانه ترجيح من جانب الاب باستتباع الولد في الحرية والتا
الحر وهذا اثبات الحرية ابتداء ولا تعارض فيبقى على الاصل ولا يلحق به واذا وطئ
المكاتب امة على وجه الملك بغير اذن المولى ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به في
الكتابة وان وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق وكذلك المأذون له
ووجه الفرق ان في الفصل الاول ظهر الدين في حق المولى لان التجارة وتوابعها
داخلة تحت الكتابة وهذا العقر من توابعها لانه لولا الشراء لما سقط الحد وما لم يسقط
الحد لا يجب العقر اما لم يظهر في الفصل الثاني لان النكاح ليس من الاكتساب في شيء فلا
الكتابة كالكفالة واذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسدا ثم وطئها فردها اخذ
بالعقر في المكاتبة وكذلك العبد المأذون له لانه من باب التجارة فان التصرف تارة صحيحا
وتارة يقع فاسدا والكتابة والاذن ينتظمانه بنوعيه كالتوكيل فكان الدين ظاهرا
في حق المولى فصل واذا ولدت المكاتبة من المولى فهي بالخيار ان شاءت مضت

على الكتابة

على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت ام ولد له لانه تلقتها جهتا حرية
عاجل ببدل وآجل بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى وهو حر لان المولى
يملك الاعتاق في ولدها وماله من الملك يكفي لصحة الاستيلاد بالدعوة واذا مضت
على الكتابة اخذت العقر من مولاها لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قدمنا
ثم ان مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة وان ماتت هي و
تركت مالا تؤدى منه مكاتبتها وما بقي ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة فان لم تترك
مالا فلا سعاية على الولد لانه حر ولو ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى الا ان يدعيه
لحرمة وطئها عليه ولو لم يدع وماتت من غير وفاء سعى هذا الولد لانه مكاتب تبعا لها
ولو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لانه بمنزلة ام الولد اذ هو ولدها
فيتبعها وان كاتب المولى ام ولده جاز لحاجتها الى استفادة الحرية قبل موت المولى
وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لانه تلقتها جهتا حرية فان مات المولى عتقت
بالاستيلاد لتعلق عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة لان الغرض من ايجاب
العتق عند الاداء فاذا عتقت قبله لا يمكن توفير الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابة
لامتناع ابقائها من غير فائدة غير انه تسلم لها الاكساب والاولاد لان الكتابة انفسخت
في حق البدل وبقيت في حق الاولاد والاكساب لان الفسخ لنظرها والنظر فيما
ذكرنا ولو ادت المكاتبة قبل موت المولى عتقت بالكتابة وان كاتب مدبرته جاز لما ذكرنا
من الحاجة ولا تنافي اذ الحرية غير ثابتة وانما الثابت مجرد الاستحقاق وان مات
المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار بين ان تسعى في ثلثي قيمتها او جميع مال الكتابة
وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف تسعى في الاقل منهما وقال محمد تسعى في الاقل
من ثلثي قيمتها وثلثي بدل الكتابة فالخلاف في الخيار والمقدار فابو يوسف مع ابي حنيفة
في المقدار ومع محمد في نفي الخيار اما الخيار ففرع تجزي الاعتاق فعنده لما تجزى بقي الباقي
عبدا وقد تلقتها جهتا حرية ببدلين معجل بالتدبير ومؤجل بالكتابة فتخير بينهما
وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها فهي حرة وجب عليها احد المالين فتختار الاقل
لا محالة فلا معنى للتخيير واما المقدار فلمحمد انه قابل البدل بالكل وقد سلم لها الثلث
بالتدبير فمن المحال ان يجب البدل بمقابلته الا ترى انه لو سلم لها الكل بان خرجت من الثلث

يسقط كل بدل الكتابة فهنا يسقط الثلث فصار كما اذا تأخر التدبير عن الكتابة
ولهما ان جميع بدل الكتابة مقابل بثلثي رقبتها فلا يسقط منه شيء وهذا لان البدل
وان قوبل بالكل صورة وصيغة لكنه مقيد بما ذكرنا معنى وارادة لانها استحقت
حرية الثلث ظاهرا والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته فصار
كما اذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلثا على الف كان جميع الالف بمقابلة الواحدة
الباقية لدلالة الارادة كذا هذا بخلاف ما اذا تقدمت الكتابة وهي المسئلة التي تليه لان
البدل مقابل بالكل اذ لا استحقاق عنده في شيء فافترقا وان دبر مكاتبته صح التدبير
ولها الخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت
مدبرة لان الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك فان مضت على كتابتها فمات المولى
ولا مال له غيرها فهي بالخيار بين ان تسعى في ثلثي مال الكتابة او ثلثي قيمتها عند ابي حنيفة
وقالا تسعى في الاقل منهما فالخلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا
اما المقدار فمتفق عليه ووجه ما بيناه واذا اعتق المولى مكاتبه عتق بعتقه
لقيام ملكه فيه وسقط بدل الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلا بالعتق وقد حصل له
دونه فلا يلزمه والكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى ولكنه تنفسخ برضا
العبد والظاهر رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل مع سلامة الاكساب له لانا نبقي
الكتابة في حقه واذا كاتبه على الف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة
فهو جائز وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال
فيكون ربوا ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير وجه الاستحسان ان الاجل
في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به فاعطي له حكم المال وبدل
الكتابة مال من وجه حتى لا يصح الكفالة به فاعتدلا فلا ربوا ولان عقد الكتابة عقد
من وجه دون وجه والاجل ربوا من وجه فيكون شبهة الشبهة بخلاف العقد بين الحرين لانه
عقد من كل وجه فكان ربوا الاجل فيه شبهة واذا كاتب المريض عبده على الفين الى سنة
وقيمته الف درهم ثم مات ولا مال غيره ولم يجز الورثة فانه يؤدي ثلثي الالفين حالا والباقي
الى اجله او يرد رقيقا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يؤدي ثلثي الالف حالا

والكتابة

والباقي الى اجله لان له ان يترك الزيادة بان يكاتبه على قيمته فله ان يؤخرها
فصار كما اذا خالع المريض امرأته على الف الى سنة جاز لان له ان يطلقها بغير بدل
ولهما ان جميع المسمى بدل الرقبة حتى اجرى عليها احكام الابدال وحق الورثة
متعلق بالمبدل فكذا بالبدل والتأجيل اسقاط معنى فيعتبر في ثلث الجميع بخلاف
الخلع لان البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل
ونظير هذا اذا باع المريض داره بثلثة الاف الى سنة وقيمتها الف ثم مات ولم تجز
الورثة فعندهما يقال للمشتري ادّ ثلثي جميع الثمن حالا والثلث الى اجله والا فانقض
البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه لما بينا في المريض
واذا كاتبه على الف الى سنة وقيمته الفان ولم تجز الورثة ادى ثلثي القيمة حالا
او يرد رقيقا في قولهم جميعا لان المحاباة ههنا في القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيهما والله اعلم

باب من يكاتب عن العبد

واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم فان ادى عنه عتق وان بلغ العبد فقبل فهو مكاتب وصورة المسئلة ان يقول الحر لمولى العبد
كاتب عبدك على الف درهم على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فكاتبه
المولى على هذا يعتق باداءه لحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتبا لان الكتابة
كانت موقوفة على اجازته وقبوله اجازة ولو لم يقل على اني ان اديت اليك الفا
فهو حر فادى لا يعتق قياسا لانه لا شرط والعقد موقوف وفي الاستحسان يعتق لانه
لا ضرر للعبد الغائب في تعليق عتقه باداء القابل فيصح في حق هذا الحكم ويتوقف في لزوم
الالف على العبد وقيل هذه هي صورة مسئلة الكتاب ولو ادى الحر البدل لا يرجع على العبد
لانه متبرع واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه غائب فان اداه الشاهد
او الغائب عتقا ومعنى المسئلة ان يقول العبد كاتبني بالف درهم على نفسي
وعلى فلان الغائب وهذه كتابة جائزة استحسانا وفي القياس يصح على نفسه لولايته
عليها ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه وجه الاستحسان ان الحاضر باضافة العقد
الى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه اصلا والغائب تبعا والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة
اذا كوتبت دخل اولادها في كتابتها تبعا حتى عتقوا بادائها وليس عليهم من البدل شيء
واذا امكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر وله ان يأخذه بكل البدل لان البدل

عليه لكونه اصلا فيه ولا يكون على الغائب من البدل شيء لانه تبع فيه وايهما ادى
عتقا ويجبر المولى على القبول اما الحاضر فلان البدل عليه واما الغائب فلانه ينال
به شرف الحرية وان لم يكن البدل عليه وصار كمعير الرهن اذا ادى الدين يجبر المرتهن
على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه وايهما ادى لا يرجع على
صاحبه لان الحاضر قضى دينا عليه والغائب متبرع به غير مضطر فيه وليس للمولى
ان يأخذ الغائب بشيء لما بينا فان قبل العبد الغائب او لم يقبل فليس ذلك
منه بشيء والكتابة لازمة للشاهد لان الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغائب
فلا تتغير بقبوله كمن كفل عن غيره بغير امره فبلغه فاجازه لا يتغير حكمه حتى لو ادى لا يرجع
حتى لو ادى لا يرجع عليه كذا هذا واذا كاتبت الامة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين
فهو جائز وايهم ادى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لانها جعلت
نفسها اصلا في الكتابة واولادها تبعا على ما بينا في المسئلة الاولى وهي اولى
بذلك من الاجنبي باب كتابة العبد المشترك واذا كان العبد بين رجلين اذن احدهما
لصاحبه ان يكاتب نصيبه بالف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتبه وقبض بعض الالف
ثم عجز فالمال للذي قبض عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو مكاتب بينهما وما ادى
فهو بينهما واصله ان الكتابة تتجزى عنده خلافا لهما بمنزلة الاعتاق لانها تفيد
الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزي وفائدة الاذن ان لا يكون له حق الفسخ
كما يكون له اذا لم يأذن واذنه له بقبض البدل اذن للعبد بالاداء فيكون متبرعا
بنصيبه عليه فلهذا كان المقبوض له وعندهما الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة
الكل لعدم التجزي فهو اصيل في النصف وكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك
بينهما فيبقى كذلك بعد العجز واذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطئها احدهما فجاءت
بولد فادعاه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فهي ام ولد للاول لانه
لما ادعاه احدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيه وصار نصيبه ام ولد له لان
الكتابة لا تقبل النقل من ملك الى ملك فتقتصر امومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة واذا
ادعى الثاني ولدها الاخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا ثم اذا عجزت بعد ذلك جعلت
الكتابة كان لم تكن وتبين ان الجارية كلها ام ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال

ووطئه

ووطئه سابق ويضمن لشريكه نصف قيمتها لانه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد
ونصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة الولد ويكون ابنه لانه
بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب منه حر
بالقيمة على ما عرف لكنه وطئ ام ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر وايهما دفع العقر الى المكاتبة
جاز لان الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وابدالها
واذا عجزت ترد الى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي ذكرنا كله قول ابي حنيفة وقالا
هي ام ولد للاول ولا يجوز وطئ الآخر لانه لما ادعى الاول الولد صار كلها ام ولد له لان
امومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما امكن وقد امكن بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ
فتنفسخ فيما لا تتضرر به المكاتبة وتبقى الكتابة فيما وراءه بخلاف التدبير لانه لا يقبل الفسخ
وبخلاف بيع المكاتب لان في تجويزه ابطال الكتابة اذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا
واذا صار كلها ام ولد له فالثاني وطئ ام ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون
حرا عليه بالقيمة غير انه لا يجب الحد عليه للشبهة ويلزمه جميع العقر لان الوطئ لا يعرى عن احد
الغرامتين واذا بقيت الكتابة وصارت كلها مكاتبة له قيل يجب عليها نصف بدل
الكتابة لان الكتابة انفسخت فيما لا تتضرر به المكاتبة ولا تتضرر بسقوط نصف البدل
وقيل يجب كل البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق التملك ضرورة فلا تظهر في حق سقوط
نصف البدل وفي ابقائه في حقه نظر للمولى وان كان لا تتضرر المكاتبة بسقوطه والمكاتبة
هي التي تعطى العقر لاختصاصها بابدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق ترد الى المولى
لظهور اختصاصه على ما بينا ويضمن الاول لشريكه في قياس قول ابي يوسف نصف قيمتها
مكاتبة لانه تملك نصيب شريكه وهي مكاتبة فيضمنه موسرا كان او معسرا لانه ضمان
ضمان التملك وفي قول محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل
الكتابة لان حق شريكه في نصف رقبتها على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء
فللتردد بينهما يجب اقلهما وان كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير
لانه لم يصادف الملك اما عندهما فظاهر لان المستولد تملكها قبل العجز واما عند ابي حنيفة
فلانه بالعجز تبين انه تملك نصيبه من وقت الوطئ فتبين انه مصادف ملك غيره والتدبير
يعتمد الملك بخلاف النسب لانه يعتمد الغرور على ما مر وهي ام ولد للاول لانه تملك نصيب شريكه

ويكمل الاستيلاد على ما بينا ويضمن لشريكه نصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ونصف
قيمتها لانه تملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة والولد ولد الاول لانه صحت دعوته
لقيام المصحح وهذا قولهم جميعا ووجهه على ما بينا وان كانا كاتباها ثم اعتقها احدهما وهو موسر
ثم عجزت ضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند ابي حنيفة وقالا لا يرجع
عليها لانها لما عجزت وردت الى الرق تصير كانها لم تزل قنة والجواب فيه على الخلاف في الرجوع
وفي الخيارات وغيرها كما هو مسئلة تجزي الاعتاق وقد قررناه في العتاق فاما قبل العجز فليس له
ان يضمن المعتق عند ابي حنيفة رح لان الاعتاق لما كان يتجزى عنده كان اثره في جعل
نصيب غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه لانها مكاتبة قبل ذلك وعندهما
لما كان لا يتجزى يعتق الكل فله ان يضمنه قيمة نصيبه مكاتبا ان كان موسرا ويستسعي العبد ان كان
معسرا لانه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار واذا كان العبد بين رجلين دبره
احدهما ثم اعتقه الآخر وهو موسر فان شاء الذي دبره ضمن المعتق نصف قيمته مدبرا وان
شاء استسعى العبد وان شاء اعتق وان اعتقه احدهما ثم دبره الآخر لم يكن له ان
يضمن المعتق ولكن يستسعي او يعتق وهذا عند ابي حنيفة ووجهه ان التدبير يتجزى عنده
فتدبير احدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الآخر فيثبت له خيرة الاعتاق والتضمين
والاستسعاء كما هو مذهبه فاذا اعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء واعتاقه يقتصر
على نصيبه لانه يتجزى عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه فله ان يضمنه قيمة نصيبه وله
خيار العتق والاستسعاء ايضا كما هو مذهبه ويضمنه قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق
صادف المدبر ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن لان
المنافع انواع ثلثة البيع واشباهه والاستخدام وامثاله والاعتاق وتوابعه والفائت
البيع فيسقط الثلث واذا ضمنه لا يتملكه بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى
ملك كما اذا غصب مدبرا فابق عنده وان اعتقه احدهما اولا كان للآخر الخيارات
عنده فاذا دبره لم يبق له خيار التضمين وبقي خيار الاعتاق والاستسعاء لان المدبر
يعتق ويستسعى وقال ابو يوسف ومحمد رح اذا دبره احدهما اولا فعتق الآخر باطل لانه
لا يتجزى عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسرا كان او معسرا
لانه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار ويضمن قيمته قنا لانه صادفه التدبير
وان اعتقه احدهما فتدبير الآخر باطل لان الاعتاق لا يتجزى فعتق كله فلم يصادف التدبير الملك
وهو يعتقه ويضمن نصف قيمته ان كان موسرا ويسعى العبد في ذلك ان كان معسرا لان هذا ضمان
الاعتاق فيختلف باليسار والاعسار عندهما

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى واذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله
فان كان له دين يقبضه او مال يقدم لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين والثلثة نظرا
للجانبين والثلث هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع والمديون
للقضاء فلا يزاد عليه فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة وهذا عند ابي
حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي رضي اذا توالى
على المكاتب نجمان رد على الرق علقه بهذا الشرط لانه عقد ارفاق حتى كان احسنه
مؤجله وحالة الوجوب بعد حلول النجم فلا بد من امهال مدة استيسارا واولى
المدد ما توافق عليه العاقدان ولهما ان سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز
عن اداء نجم واحد يكون اعجز عن اداء نجمين وهذا لان مقصود المولى الوصول الى المال
عند حلول النجم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضيا دونه بخلاف اليومين والثلثة لانه لا بد
منها لامكان الاداء فلم يكن تاخيرا والآثار متعارضة فان المروي عن ابن عمر رضي
ان مكاتبة له عجزت عن نجم فردها فسقط الاحتجاج بها فان اخل بنجم عند غير السلطان
فعجز فرده مولاه برضاه فهو جائز لان الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر فبالعذر
اولى ولو لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم تام فلا بد من القضاء
او الرضا كالرد بالعيب بعد القبض واذا عجز المكاتب عاد الى احكام الرق لانفساخ
الكتابة وما كان في يده من الاكساب لمولاه لانه ظهر انه كسب عبده وهذا لانه
كان موقوفا عليه او على مولاه وقد زال التوقف فان مات المكاتب وله مال
لم تنفسخ الكتابة وقضي ما عليه من ماله وحكم بعتقه في آخر جزء من اجزاء حيوته وما بقي
فهو ميراث لورثته ويعتق اولاده وهذا قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه
اخذ علماؤنا وقال الشافعي رح تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه لمولاه وامامه
في ذلك زيد بن ثابت رضي الله عنه ولان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر
اثباته فيبطل وهذا لانه لا يخلو اما ان يثبت بعد الممات مقصودا او يثبت قبله او
بعده مستندا لا وجه الى الاول لعدم المحلية ولا الى الثاني لفقد الشرط وهو الاداء
ولا الى الثالث لتعذر الثبوت في الحال والشيء يثبت ثم يستند ولنا انه عقد
معاوضة فلا يبطل بموت احدهما وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة

الى ابقاء العقد لاحياء الحق بل اولى لان حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد
في جانبه والموت أنفى للمالكية منه للمملوكية فينزل حيا تقديرا او تستند الحرية
باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويكون اداء خلفه كادائه وكل ذلك
ممكن على ما عرف تمامه في الخلافيات فان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا
في الكتابة يسعى في كتابة ابيه على نجومه فاذا ادى حكمنا بعتق ابيه قبل موته وعتق الولد
لان الولد داخل في كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه في الاداء وصار كما اذا ترك وفاء
وان ترك ولدا مشترى قيل له اما ان تؤدي الكتابة حالة او ترد رقيقا
وهذا عند ابي حنيفة اما عندهما يؤديه الى اجله اعتبارا بالولد المولود في الكتابة
والجامع انه يكاتب عليه تبعا له ولهذا يملك المولى اعتاقه بخلاف سائر اكسابه
ولابي حنيفة وهو الفرق بين الفصلين ان الاجل يثبت شرطا في العقد فيثبت في حق من
دخل تحت العقد والمشترى لم يدخل لانه لم يضف اليه العقد ولا يسري حكمه اليه لانفصاله
بخلاف المولود في الكتابة لانه متصل به وقت الكتابة فيسري الحكم اليه وحيث دخل
في حكمه يسعى في نجومه فان اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لانه لما حكم
بحريته في آخر جزء من اجزاء حياته حكم بحرية ابنه في ذلك الوقت لانه تبع لابيه في الكتابة
فيكون هذا حرا ارث عن حر وكذلك ان كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة
لان الولد ان كان صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعلا كشخص واحد
فاذا حكم بحريته في تلك الحالة على ما مر فان مات المكاتب وله ولد من حرة وترك
وفاء بمكاتبته فجنى الولد فقضي به على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب لان هذا
القضاء يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم لكن
على وجه يحتمل ان يعتق فينجر الولاء الى موالي الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون
تعجيزا وان اختصم موالي الام وموالي الاب في ولائه فقضي به لموالي الام فهو قضاء
بالعجز لان هذا اختلاف في الولاء مقصودا وذلك يبتنى على بقاء الكتابة وانتقاضها
فانها اذا فسخت مات عبدا واستقر الولاء على موالي الام واذا بقيت واتصل
بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء الى موالي الاب وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ
ما يلاقيه من القضاء فلهذا كان تعجيزا وما ادى المكاتب من الصدقات الى مولاه

بحرية الاب يحكم

ثم عجز

ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك فان العبد يتملكه صدقة والمولى عوضا عن العتق
واليه وقعت الاشارة النبوية عليه السلام في حديث بريرة هي لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف
ما اذا اباح للغني والهاشمي لان المباح له يتناوله على ملك المبيح ونظيره المشتري شراء
فاسدا اذا اباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه يطيب ولو عجز قبل الاداء الى المولى فكذلك
الجواب عند محمد وهو ظاهر لانه بالعجز يتبدل الملك وكذا عند ابي يوسف وان كان
بالعجز يتقرر ملك المولى عنده لانه لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل
الآخذ لكونه اذلالا به ولا يجوز ذلك للغني من غير حاجة وللهاشمي لزيادة حرمته والاخذ
لم يوجد من المولى وصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في ايديهما
ما اخذا من الصدقة يطيب لهما وعلى هذا اذا عتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي
من الصدقة في يده واذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فانه يدفع او يفدى
لان هذا موجب جناية العبد في الاصل ولم يكن عالما بالجناية عند الكتابة حتى يصير مختارا
للفداء الا ان الكتابة مانعة من الدفع فاذا زال عاد الحكم الاصلي وكذا اذا جنى المكاتب ولم
يقض به حتى عجز لما بينا من زوال المانع وان قضي به عليه في كتابته ثم عجز فهو دين يباع
فيه لانتقال الحق من الرقبة الى قيمته بالقضاء وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقد رجع ابو يوسف
اليه وكان يقول اولا يباع فيه وان عجز قبل القضاء وهو قول زفر لان المانع من الدفع
وهو الكتابة قائم وقت الجناية فكما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جناية المدبر وام
الولد ولنا ان المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء
او الرضاء وصار كالعبد المبيع اذا ابق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال
عوده فكذا هذا بخلاف المدبر والاستيلاد لانهما لا يقبلان الزوال بحال واذا مات مولى
المكاتب لم تنفسخ الكتابة كيلا يؤدي الى ابطال حق المكاتب اذ الكتابة سبب الحرية
وسبب حق المرء حقه وقيل له اد المال الى ورثة المولى على نجومه لانه استحق الحرية على
هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير الا ان الورثة يخلفونه في الاستيفاء
وان اعتقه احد الورثة لم ينفذ عتقه لانه لم يملكه وهذا لان المكاتب لا يملك بسائر اسباب
الملك فكذا بسبب الوراثة فان اعتقوه جميعا عتق وسقط عنه مال الكتابة لانه يصير ابراء
عن بدل الكتابة فانه حقهم وقد جرى فيه الارث فاذا برئ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق

فلم يتبدل الملك فلا يطيب له

سعى اذا ابراه المولى الا انه اذا اعتقه احد الورثة لا يصير ابراء عن نصيبه لانا نجعله ابراء
اقتضاء تصحيحا لعتقه والاعتاق لا يثبت بابراء البعض او ادائه في المكاتب لا في البعض
ولا في الكل ولا وجه الى ابراء الكل لحق بقية الورثة

كتاب الولاء

الولاء نوعان ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة وسببه العتق على ملكه
في الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له وولاء موالاة وسببه العقد ولهذا
يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة والحكم يضاف الى سببه والمعنى فيهما التناصر وكانت
العرب تتناصر باشياء وقرر النبي صلى الله عليه وسلم تناصرهم بالولاء بنوعيه
وقال صلى الله عليه وسلم ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة
لانهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف واذا اعتق المولى مملوكه فولاؤه له لقوله عليه السلام
الولاء لمن اعتق ولان التناصر به فيعقله وقد احياه معنى بازالة الرق عنه فيرثه ويصير
الولاء كالولاد ولان الغنم بالغرم وكذا المرأة تعتق لما روينا ومات معتق لابنة
حمزة رضي الله عنه وعن بنت فجعل النبي عليه السلام المال بينهما نصفين ويستوي فيه
الاعتاق بمال وبغيره لاطلاق ما ذكرناه فان شرط انه سائبة فالشرط باطل والولاء
لمن اعتق لان الشرط مخالف للنص فلا يصح واذا ادى المكاتب عتق وولاؤه للمولى
وان عتق بعد موت المولى لانه عتق عليه بما باشر من السبب وهو الكتابة وقد قررناه
في المكاتب وكذا العبد الموصى بعتقه او بشرائه وعتقه بعد موته لان فعل الوصي بعد موته كفعله والتركة على حكم
ملكه وان مات المولى عتق مدبروه وامهات اولاده لما بينا في العتاق وولاؤهم
له لانه اعتقهم بالتدبير والاستيلاد ومن ملك ذا رحم محرم عتق عليه لما بينا في العتاق
وولاؤه له لوجود السبب وهو العتق عليه واذا تزوج عبد رجل امة لآخر
فاعتق مولى الامة الامة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى
الام لا ينتقل عنه ابدا لانه عتق على معتق الام مقصودا اذ هو جزء منها يقبل
الاعتاق مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه عملا بما روينا الولاء لمن اعتق وكذا اذا ولدت ولدا لاقل
من ستة اشهر للتيقن بقيام الحمل وقت الاعتاق وكذا اذا ولدت ولدين احدهما
لاقل من ستة اشهر لانهما توأمان يتعلقان معا وهذا بخلاف ما اذا والت رجلا
وهي حبلى والزوج والى غيره حيث يكون ولاء الولد لمولى الاب لان الجنين غير

قابل

قابل لهذا الولاء مقصودا لان تمامه بالايجاب والقبول وهو ليس بمحل له فان ولدت بعد
عتقها لاكثر من ستة اشهر ولدا فولاؤه لموالي الام لانه عتق تبعا للام لاتصاله بها بعد
عتقها فيتبعها في الولاء ولم يتيقن بقيامه وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا فان اعتق
العبد جر الاب ولاء ابنه وانتقل عن موالي الام لان العتق ههنا في الولد يثبت تبعا
بخلاف الاول وهذا لان الولاء بمنزلة النسب قال عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع
ولا يوهب ولا يورث ثم النسب الى الآباء فكذلك الولاء والنسبة الى موالي الام كانت
لعدم اهلية الاب ضرورة فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه بمنزلة ولد الملاعنة ينسب الى قوم الام
ضرورة فاذا اكذب الملاعن نفسه ينسب اليه بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة عن موت
او طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت او الطلاق حيث يكون الولد لمولى
الام وان اعتق الاب لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت والطلاق البائن لحرمة الوطي
وبعد الطلاق الرجعي لما انه يصير مراجعا بالشك فاستند الى حالة النكاح وكان الولد موجودا
عند الاعتاق فعتق مقصودا وفي الجامع الصغير واذا تزوجت معتقة بعبد فولدت اولادا
فجنى الاولاد فعقلهم على مولى الام لانهم عتقوا تبعا لامهم ولا عاقلة لابيهم ولا موالي فالحقوا
بموالي الام ضرورة كما في ولد الملاعنة على ما ذكرنا فان اعتق الاب جر ولاء الاولاد الى نفسه
لما بينا ولا يرجعون على عاقلة الاب بما عقلوه لانهم حين عقلوه كان الولاء ثابتا لهم
وانما يثبت للاب مقصودا لان سببه مقصود وهو العتق بخلاف ولد الملاعنة اذا عقل
عنه قوم الام ثم اكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون عليه لان النسب يثبت مستندا الى وقت
العلوق وكانوا مجبورين على ذلك فيرجعون ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب فولدت له اولادا
فولاء ولدها لمواليها عند ابي حنيفة رح قال رح وهو قول محمد رح وقال ابو يوسف رح حكمه حكم
ابيه لان النسب الى الاب كما اذا كان الاب عربيا بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه
هالك معنى ولهما ان ولاء العتاق قوي معتبر في حق الاحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب
في حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا انسابهم ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوي لا يعارضه
الضعيف بخلاف ما اذا كان الاب عربيا لان انساب العرب قوية معتبرة في حكم الكفاءة والعقل
لما ان تناصرهم بها فاغنت عن الولاء قال رض الخلاف في مطلق المعتقة والوضع في معتقة العرب
وقع اتفاقا وفي الجامع الصغير نبطي كافر تزوج بمعتقة ثم اسلم النبطي ووالى رجلا ثم ولدت اولادا

جيل من العرب ينزلون بسواد العراق ١٢

قال ابو حنيفة رح ومحمد رح مواليهم موالي امهم وقال ابو يوسف رح موالي ابيهم لان الولاء وان كان
اضعف فهو من جانب الاب فصار كالمولود بين واحد من الموالي وبين العربية ولهما ان
ولاء الموالاة اضعف حتى يقبل الفسخ وولاء العتاقة لا يقبله والضعيف لا يظهر في مقابلة
القوي ولو كان الابوان معتقين فالنسبة الى قوم الاب لانهما استويا والترجيح لجانبه
لشبهه بالنسب او لان النصرة به اكثر وولاء العتاقة تعصيب وهو احق بالميراث من العمة والخالة
لقوله عليه الصلوة والسلام للذي اشترى عبدا فاعتقه هو اخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له
وشر لك وان كفرك فهو خير لك وشر له ولو مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته
وورث النبي عم بنت حمزة رض على سبيل العصوبة مع قيام وارث آخر واذا كان عصبة تقدم على
ذوي الارحام وهو المروي عن علي رضي الله عنه فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو اولى
لان المعتق آخر العصبات وهذا لان قوله عليه الصلوة والسلام ولم يترك وارثا قالوا المراد منه وارث
هو عصبة بدليل الحديث الثاني فتأخر عن العصبة دون ذوي الارحام وان لم يكن عصبة من النسب
فميراثه للمعتق تأويله اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال اما اذا كان فله الباقي
بعد فرضه لانه عصبة على ما روينا وهذا لان العصبة من يكون التناصر به لبيت النسبة وبالمولى
الانتصار على ما مر والعصبة تأخذ ما بقي فان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبني المولى
دون بناته لانه ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن
او دبرن او دبر من دبرن بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبي عم وفي آخره او جر ولاء
معتقهن او معتق معتقهن وصورة الجر قدمناها ولان ثبوت المالكية والقوة في المعتق من جهتها فينسب بالولاء
اليها وينسب اليها من ينسب الى مولاها بخلاف النسب لان سبب النسبة فيه الفراش وصاحب
الفراش انما هو الزوج والمرأة مملوكة لا مالكة وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بني المولى
بل هو لعصبته الاقرب فالاقرب لان الولاء لا يورث ويخلفه فيه من تكون النصرة به حتى لو ترك المولى
ابا وابنا فالولاء للابن عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لانه اقربهما عصوبة وكذا الولاء للجد دون
الاخ عند ابي حنيفة رح لانه اقرب في العصوبة عنده وكذا الولاء لابن المعتقة حتى يرثه دون اخيها
لما ذكرنا الا ان عقل جناية المعتق على اخيها لانه من قوم ابيها وجنايته كجنايتها ولو ترك المولى
ابنا واولاد ابن آخر معناه بني ابن آخر فميراث المعتق للابن دون بني الابن لان الولاء للكبر
هو المروي عن عدة من الصحابة منهم عمر وعلي وابن مسعود وغيرهم رضي الله عنهم ومعناه القرب على ما قالوا

والصبي اقرب فصل

والصبي اقرب

فصل في ولاء الموالاة

واذا اسلم رجل على يد رجل ووالاه على ان يرثه
ان مات ويعقل عنه او اسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله على مولاه فان مات ولا
وارث له غيره فميراثه للمولى وقال الشافعي رح الموالاة ليس بشيء لان فيه ابطال حق بيت المال
ولهذا لا يصح في حق وارث آخر ولهذا لا يصح عنده الوصية بجميع المال وان لم يكن للموصي
وارث لحق بيت المال وانما يصح في الثلث ولنا قوله تعالى والذين عقدت ايمانكم فآتوهم نصيبهم
والآية في الموالاة وسئل النبي عم عن رجل اسلم على يد رجل ووالاه فقال هو احق الناس به
محياه ومماته وهذا يشير الى العقل والارث في حالتين هاتين ولان ماله حقه فيصرفه حيث
يشاء والصرف الى بيت المال ضرورة عدم المستحق لا انه مستحق وان كان له وارث فهو
اولى وان كانت عمة او خالة او غيرهما من ذوي الارحام لان الموالاة عقدهما فلا يلزم غيرهما
وذو الرحم وارث فلا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب لانه بالالتزام وهو
بالشرط ومن شرطه ان لا يكون المولى من العرب لان تناصرهم بالقبائل فاغنى عن الموالاة
وللمولى ان ينتقل عنه بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه لانه عقد غير لازم بمنزلة الوصية وكذا للاعلى
ان يتبرأ عن ولائه لعدم اللزوم الا انه يشترط في هذا ان يكون بمحضر من الآخر كما في عزل الوكيل
قصدا بخلاف ما اذا عقد الاسفل مع غيره بغير محضر من الاول لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي
في الوكالة واذا عقل عنه لم يكن له ان يتحول بولائه لانه تعلق به حق الغير ولانه قضى به القاضي
ولانه بمنزلة عوض ناله كالعوض في الهبة وكذا لا يتحول ولده وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن
لواحد منهما ان يتحول لانهما في حق الولاء كشخص واحد وليس لمولى العتاقة ان يوالي احدا لانه
لازم ومع بقائه لا يظهر الادنى

كتاب الاكراه

الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع
ما توعد به سلطانا كان او لصا لان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به
اختياره مع بقاء اهليته وهذا انما يتحقق اذا خاف المكره تحقيق ما توعد به وذلك انما يكون
من القادر والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة والذي قاله ابو حنيفة رح ان الاكراه
لا يتحقق الا من السلطان لما ان المنعة له والقدرة لا تتحقق دون المنعة فقد قالوا هذا اختلاف عصر
وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ولم تكن القدرة في زمنه الا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان واهله
ثم كما تشترط قدرة المكره لتحقق الاكراه يشترط خوف المكره وقوع ما تهدد به وذلك بان يغلب على ظنه
انه يفعله ليصير به محمولا على ما دعي اليه من الفعل واذا اكره على بيع ماله او على شراء سلعة او على ان يقر
لرجل بالف او يؤاجر داره فاكره على ذلك بالقتل او بالضرب الشديد او بالحبس فباع او

الشرى

فهو بالخيار ان شاء امضى البيع وان شاء فسخه ورجع بالمبيع لان من شرط صحة هذه العقود
التراضي قال الله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم والاكراه بهذه الاشياء يعدم
الرضا فيفسد بخلاف ما اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم لانه لا يبالي به بالنظر الى
العادة فلا يتحقق به الاكراه الا اذا كان الرجل صاحب منصب يعلم انه يتضرر به لفوات الرضا
وكذا الاقرار حجة لترجح جنبة الصدق فيه على جنبة الكذب وعند الاكراه يحتمل انه يكذب لدفع
المضرة ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت الملك عندنا وعند زفر لا يثبت لانه بيع موقوف
على الاجازة الا يرى انه لو اجاز جاز والموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك ولنا ان ركن البيع
صدر من اهله مضافا الى محله والفساد لفقد شرطه وهو التراضي فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت الملك
عند القبض حتى لو قبضه واعتقه او تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز ويلزمه القيمة كما في سائر
البياعات الفاسدة وباجازة المالك يرتفع المفسد وهو الاكراه وعدم الرضا
فيجوز الا انه لا ينقطع به حق استرداد البائع وان تداولته الايدي ولم يرض البائع بذلك
بخلاف سائر البياعات الفاسدة لان الفساد فيها لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق
العبد وحقه مقدم لحاجته اما ههنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني
قال رحمه الله ومن جعل البيع الجائز المعتاد بيعا فاسدا يجعله كبيع المكره حتى ينقض المشتري
من غيره لان الفساد لفوات الرضا ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين ومنهم من جعله باطلا
اعتبارا بالهازل ومشايخ سمرقند جعلوه بيعا جائزا مفيدا بعض الاحكام على ما هو المعتاد للحاجة اليه
فان كان قبض الثمن طوعا فقد اجاز البيع لانه دلالة الاجازة كما في البيع الموقوف وكذا اذا سلم
طائعا بان كان الاكراه على البيع لا على الدفع لانه دليل الاجازة بخلاف ما اذا اكره على الهبة
ولم يذكر الدفع فوهب ودفع حيث يكون باطلا لان مقصود المكره الاستحقاق لا مجرد اللفظ
وذلك في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد على ما هو الاصل فدخل الدفع في الاكراه على الهبة
دون البيع وان قبضه مكرها فليس ذلك باجازة وعليه رده ان كان قائما في يده لفساد
العقد وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته للبائع معناه والبائع مكره
لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد وللمكره ان يضمن المكره ان شاء لانه آلة له فيما يرجع الى الاتلاف
فكانه دفع مال البائع الى المشتري فيضمن ايهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن
المكره رجع على المشتري بالقيمة لقيامه مقام البائع وان ضمن المشتري نفذ كل شراء كان بعد
شرائه لو تناسخته العقود لانه ملكه بالضمان فظهر انه باع ملكه ولا ينفذ ما كان قبله

لان الاستناد

لان الاستناد الى وقت قبضه بخلاف ما اذا اجاز المالك المكره عقدا منها حيث يجوز ما قبله
وما بعده لانه اسقط حقه وهو المانع فعاد الكل الى الجواز فصل وان اكره على ان ياكل
الميتة او يشرب الخمر فاكره على ذلك بضرب او حبس او قيد لم يحل له الا ان يكره بما يخاف
منه على نفسه او على عضو من اعضائه فاذا خاف ذلك وسعه ان يقدم على ما اكره عليه وكذا
على الدم ولحم الخنزير لان تناول هذه المحرمات انما تباح عند الضرورة كما في المخمصة لقيام
المحرم فيما وراءها ولا ضرورة الا اذا خاف على النفس او على العضو حتى لو خيف على ذلك
بالضرب وغلب على ظنه يباح له ذلك ولا يسعه ان يصبر على توعده فان صبر حتى اوقعوا
به ولم ياكل فهو آثم لانه لما ابيح كان بالامتناع معاونا لغيره على اهلاك نفسه فيأثم كما في حالة المخمصة
وعن ابي يوسف انه لا يأثم لانه رخصة اذ الحرمة قائمة فيكون آخذا بالعزيمة قلنا حالة الاضطرار
مستثناة بالنص وهو تكلم بالحاصل بعد الثنيا فلا تحرم فكان اباحة لا رخصة الا انه انما يأثم
اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء فيعذر بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في
اول الاسلام او في دار الحرب وان اكره على الكفر بالله او سب رسول الله صلى الله عليه وسلم بقيد
او حبس او ضرب لم يكن ذلك اكراها حتى يكره بامر يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه لان الاكراه
بهذه الاشياء ليس باكراه في شرب الخمر لما مر ففي الكفر وحرمته اشد اولى واحرى واذا
خاف ذلك وسعه ان يظهر ما امروه به ويوري فان اظهر ذلك وقلبه مطمئن بالايمان فلا
اثم عليه لحديث عمار بن ياسر حيث ابتلي به وقد قال عليه السلام كيف تجد قلبك قال مطمئنا بالايمان فقال
ان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان ولان بهذا
الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه
الميل اليه فان صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان ماجورا لان خبيبا رضي الله عنه صبر على ذلك
حتى صلب وسماه النبي عليه السلام سيد الشهداء وقال في مثله هو رفيقي في الجنة ولان
الحرمة باقية فيه والامتناع لاعزاز الدين عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء وان اكره
على اتلاف مال مسلم بامر يخاف على نفسه الهلاك او على عضو من اعضائه وسعه ان يفعل
ذلك لان مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة وقد تحققت ولصاحب المال
ان يضمن المكره لان المكره آلة المكره فيما يصلح آلة له والاتلاف من هذا القبيل وان اكره
بقتل على قتل غيره لم يسعه ان يقدم عليه ويصبر حتى يقتل فان قتله كان آثما لان قتل
المسلم مما لا يستباح لضرورة ما فكذا لهذه الضرورة والقصاص على المكره ان كان عمدا

قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال زفر رح يجب على المكره وقال ابو يوسف رح لا يجب على واحد منهما وقال الشافعي رح يجب عليهما لزفر ان الفعل من المكره حقيقة وحسا وقرر الشرع حكمه عليه وهو الاثم بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم فاضيف الى غيره وبهذا يتمسك الشافعي رح فيوجب القصاص على المكره ايضا لوجود القتل منه ويوجبه على المكره لوجود التسبيب الى القتل منه والتسبيب في هذا حكم المباشرة عنده كما في شهود القصاص ولابي يوسف ان القتل بقي مقصورا على المكره من وجه نظرا الى التاثيم واضيف الى المكره من وجه نظرا الى الحمل فدخلت الشبهة في كل جانب ولهما انه محمول على القتل بطبعه ايثارا لحيوته فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له وهو القتل بان يلقيه عليه ولا يصلح آلة له في الجناية على دينه فبقي الفعل مقصورا عليه في حق الاثم كما نقول في الاكراه على الاعتاق وفي اكراه المجوسي على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل الى المكره في الاتلاف دون الذكوة حتى يحرم كذا هذا قال وان اكره على طلاق امرأته او عتق عبده ففعل وقع ما اكره عليه عندنا خلافا للشافعي رح وقد مر في الطلاق ويرجع على الذي اكرهه بقيمة العبد لانه صلح آلة له فيه من حيث الاتلاف فاضيف اليه فله ان يضمنه موسرا كان او معسرا ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج الى الحرية او لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما ولا يرجع المكره على العبد بالضمان لانه مؤاخذ باتلافه ويرجع بنصف مهر المثل ان كان قبل الدخول وان لم يكن في العقد مسمى يرجع على المكره بما لزمه من المتعة لان ما عليه كان على شرف السقوط بان جاءت الفرقة من قبلها وانما يتاكد بالطلاق فكان اتلافا للمال من هذا الوجه فيضاف الى المكره من حيث انه اتلاف بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق ولو اكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل جاز استحسانا لان الاكراه يؤثر في فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ويرجع على المكره استحسانا لان مقصود المكره زوال ملكه اذا باشر الوكيل والنذر لا يعمل فيه الاكراه لانه لا يحتمل الفسخ ولا رجوع على المكره بما لزمه لانه لا مطالب له في الدنيا فلا يطالب به فيها وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما الاكراه لعدم احتمالهما الفسخ وكذا الرجعة والايلاء والفيء فيه باللسان لانها تصح مع الهزل والخلع من جانبه طلاق او يمين لا يعمل فيه الاكراه فلو كان هو مكرها على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام وان اكرهه على الزنا وجب عليه الحد عند ابي حنيفة رح الا ان يكرهه السلطان وهو قول زفر رح وقالا لا يجب الحد في الوجهين قيل هذا اختلاف عصر وزمان ففي زمنه لا ولاية الا للسلطان وفي زمنهما لكل متغلب ولاية الاكراه وقد عرف في موضعه

مسئلة لطيفة

واذا اكره

واذا اكره على الردة لم تبن امرأته منه لان الردة تتعلق بالاعتقاد الا ترى انه لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البينونة بالشك فان قالت المرأة قد بنت منك وقال قد اظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان فالقول قوله استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبدل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبدل فكان القول قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل واحتمل رجحنا الاسلام في الحالين لانه يعلو ولا يعلى عليه وهذا بيان الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى اذا لم يعتقد فليس بمسلم ولو كان اكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة وهي دارئة للقتل ولو قال الذي اكره على اجراء كلمة الكفر اخبرت عن امر ماض ولم اكن فعلت بانت منه حكما لا ديانة لانه اقر انه طائع باتيان ما لم يكره عليه وحكم هذا الطائع ما ذكرناه ولو قال اردت ما طلب مني وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت ديانة وقضاء لانه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره وعلى هذا اذا اكره على الصلوة للصليب وسب محمد النبي عليه السلام ففعل فقال نويت به الصلوة لله تعالى ومحمدا آخر غير النبي عليه السلام بانت منه قضاء لا ديانة ولو صلى للصليب وسب محمدا صلى الله عليه وسلم وقد خطر بباله الصلوة لله تعالى وسب غير النبي عليه السلام بانت ديانة وقضاء لما مر وقد قررناه زيادة على هذا في كفاية المنتهى والله اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

كتاب الحجر

الاسباب الموجبة للحجر ثلثة الصغر والرق والجنون فلا يجوز تصرف الصغير الا باذن وليه ولا تصرف العبد الا باذن سيده ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال اما الصغير فلنقصان عقله غير ان اذن الولي آية اهليته والرق لرعاية حق المولى كيلا تتعطل منافع عبده ولا يملك رقبته بتعلق الدين به غير ان المولى بالاذن رضي بفوات حقه والجنون لا تجامعه الاهلية فلا يجوز تصرفه بحال اما العبد اهل في نفسه والصبي ترتقب اهليته فلهذا وقع الفرق ومن باع من هؤلاء شيئا او اشتراه وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء اجازه اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه لان التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما فيه ولا بد ان يعقلا البيع ليوجد ركن العقد فينعقد موقوفا على الاجازة والمجنون قد يعقل البيع ويقصده وان كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه الذي يصلح ان يكون وكيلا عن غيره كما بيناه في الوكالة فان قيل التوقف عندكم في البيع اما الشراء فالاصل فيه النفاذ على المباشر قلنا نعم اذا وجد نفاذا عليه كما في شراء الفضولي

قوله ومن باع ... والاجازة والفسخ وان شاء ابطله واذا كان المباشر للعقد ... ان البيع ... والشراء جالب ... العبارة ... ان اجازه ... وكذا المجنون ... فاذا باع الصغير ... جاز ... باجازة الولي ... البيع ... في حال افاقته ومعرفته

ثم يجد نفاذا لعدم الاهلية او لضرر المولى فوقفناه وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر
في الاقوال دون الافعال لانه لا مرد لها لوجودها حسا ومشاهدة بخلاف الاقوال لان اعتبارها
موجودة بالشرع والقصد من شرطه الا اذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات كالحدود
والقصاص فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون والصبي والمجنون لا تصح
عقودهما ولا اقرارهما لما بيناه ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما لقوله صلى الله عليه وسلم كل طلاق
واقع الا طلاق الصبي والمجنون والمعتوه والاعتاق يتمحض مضرة ولا وقوف للصبي على المصلحة
في الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة
فلهذا لا يتوقفان على اجازته ولا ينفذان بمباشرته بخلاف سائر العقود وان اتلفا شيئا
لزمهما ضمانه احياء لحق المتلف عليه وهذا لان كون الاتلاف موجبا لا يتوقف على القصد كالذي
يتلف بانقلاب النائم عليه والحائط المائل بعد الاشهاد بخلاف القول على ما بينا فاما العبد
فاقراره نافذ في حق نفسه لقيام اهليته غير نافذ في حق مولاه رعاية لجانبه لان نفاذه
لا يعرى عن تعلق الدين برقبته او كسبه وكل ذلك اتلاف ماله فان اقر بمال لزمه بعد الحرية
لوجود الاهلية وزوال المانع ولم يلزمه في الحال لقيام المانع وان اقر بحد او قصاص
لزمه في الحال لانه مبقى على اصل الحرية في حق الدم حتى لا يصح اقرار المولى عليه بذلك
وينفذ طلاقه لما روينا ولقوله عليه السلام لا يملك العبد والمكاتب شيئا الا الطلاق
ولانه عارف بوجه المصلحة فيه فكان اهلا وليس فيه ابطال ملك المولى ولا تفويت
منافعه فينفذ باب الحجر للفساد قال ابو حنيفة رضي الله عنه لا يحجر على الحر البالغ السفيه وتصرفه
في ماله جائز وان كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة وقالا وهو قول
الشافعي يحجر على السفيه ويمنع من التصرف في ماله لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه
العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي بل اولى لان الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي
حقه حقيقته ولهذا منع عنه المال ثم هو لا يفيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه ما منع من يده
ولابي حنيفة انه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد وهذا لان في سلب ولايته
اهدار آدميته والحاقه بالبهائم وهو اشد ضررا من التبذير فلا يتحمل الاعلى لدفع الضرر الادنى
حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبب الجاهل والمفتي الماجن والمكاري المفلس
جاز فيما يروى عنه اذ هو دفع ضرر الاعلى بالادنى ولا يصح القياس على منع المال

لان الحجر

لان الحجر ابلغ منه في العقوبة ولا على الصبي لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظر له
الشرع مرة باعطاء آلة القدرة والجري على خلافه لسوء اختياره ومنع المال مفيد لان عامة
السفه في الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد واذا حجر القاضي عليه ثم رفع الى
قاض آخر فابطل حجره واطلق عنه جاز لان الحجر منه فتوى وليس بقضاء الا يرى انه لم يوجد
المقضي له والمقضي عليه ولو كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الامضاء حتى لو رفع
تصرفه بعد الحجر الى القاضي الحاجر او الى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم رفع الى قاض آخر نفذ ابطاله
لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك ثم عند ابي حنيفة اذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم
اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة فان تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه فاذا بلغ خمسا
وعشرين سنة يسلم اليه ماله وان لم يؤنس منه الرشد وقالا لا يدفع اليه ماله ابدا حتى يؤنس منه
الرشد ولا يجوز تصرفه فيه لان علة المنع السفه فيبقى ما بقي العلة وصار كالصبا ولابي حنيفة
ان منع المال عنه بطريق التاديب ولا يتادب بعد هذا ظاهرا وغالبا الا يرى انه قد يصير جدا
في هذا السن فلا فائدة في المنع فلزم الدفع ولان المنع باعتبار اثر الصبا وهو في اوائل البلوغ
وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع ولهذا قال ابو حنيفة لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع
المال عنه لانه ليس باثر الصبا ثم لا يتاتى التفريع على قوله وانما التفريع على من يرى الحجر فعندهما
لما صح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع توفيرا لفائدة الحجر عليه فان كان فيه مصلحة اجازه الحاكم
لان ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظرا فيتحرى
المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده ولو باع قبل حجر القاضي جاز عند ابي
يوسف لانه لا بد من حجر القاضي عنده لان الحجر دائر بين الضرر والنظر والحجر لنظره فلا بد
من فعل القاضي وعند محمد لا يجوز لانه يبلغ محجورا عنده اذ العلة هي السفه بمنزلة الصبي وعلى
هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها وان اعتق عبدا نفذ عتقه عندهما وعند الشافعي
لا ينفذ والاصل عندهما ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا لان السفيه في معنى الهازل
من حيث ان الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل
لا لنقصان في عقله فكذلك السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه والاصل عنده
ان الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده شيء من تصرفاته الا الطلاق
كالمرقوق والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذا من السفيه واذا صح عندهما كان على العبد ان يسعى

في قيمته لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا انه متعذر فيجب رده برد القيمة كما في الحجر
على المريض وعن محمد رحمه الله انه لا يجب السعاية لانه لو وجب انما يجب حقا لمعتقه والسعاية ما عهد وجوبها
في الشرع الا لحق غير المعتق ولو دبر عبده جاز لانه يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته الا انه لا تجب
السعاية ما دام المولى حيا لانه باق على ملكه واذا مات ولم يونس منه الرشد سعى في قيمته مدبرا
لانه عتق بموته وهو مدبر فصار كما اذا اعتقه بعد التدبير ولو جاءت جاريته بولد فادعاه
ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية ام ولد له لانه محتاج الى ذلك لابقاء نسله فالحق
بالمصلح في حقه وان لم يكن معها ولد وقال هذه ام ولدي كانت بمنزلة ام الولد
لا يقدر على بيعها وان مات سعت في جميع قيمتها لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس لها
شهادة الولد بخلاف الفصل الاول لان الولد شاهد لها ونظيره المريض اذا ادعى ولد
جاريته فهو على هذا التفصيل وان تزوج امراة جاز نكاحه لانه لا يؤثر فيه الهزل ولانه من
حوائجه الاصلية وان سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها لانه من ضرورات النكاح وبطل
الفضل لانه لا ضرورة فيه وهو التزام بالتسمية ولا نظر له فيه فلم يصح الزيادة وصار كالمريض
مرض الموت ولو طلقها قبل الدخول وجب لها النصف في ماله لان التسمية صحيحة الى مقدار
مهر المثل وكذا اذا تزوج باربع نسوة او كل يوم واحدة لما بينا وتخرج الزكاة من مال
السفيه لانه واجب عليه وينفق على اولاده وزوجته ومن تجب نفقته من ذوي ارحامه
لان احياء ولده وزوجته من حوائجه الاصلية والانفاق على ذوي الرحم واجب عليه حقا
لقرابته والسفه لا يبطل حقوق الناس الا ان القاضي يدفع قدر الزكوة اليه ليصرفها الى مصرفها
لانه لا بد من نيته لكونها عبادة لكن يبعث امينا معه كيلا يصرفه في غير وجهه وفي النفقة
يدفع الى امينه ليصرفها لانه ليس بعبادة فلا يحتاج الى نيته وهذا بخلاف ما اذا حلف
او نذر او ظاهر حيث لا يلزمه المال بل يكفر يمينه وظهاره بالصوم لانه مما يجب بفعله فلو فتحنا
هذا الباب يبذر ماله بهذا الطريق ولا كذلك ما يجب ابتداء بغير فعله فان اراد حجة الاسلام
لم يمنع منها لانها واجبة عليه بايجاب الله تعالى من غير صنعه ولا يسلم القاضي النفقة اليه
ويسلمها الى ثقة من الحاج ينفقها عليه في طريق الحج كيلا يتلفها في غير هذا الوجه ولو اراد
عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا لاختلاف العلماء في وجوبها بخلاف ما زاد على مرة واحدة
في الحج ولا يمنع من القران لانه لا يمنع من افراد السفر لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما ولا يمنع

فان يسوق

يسوق بدنة تحرزا عن موضع الخلاف اذ عند ابن عمر رضي الله عنهما لا يجزيه غيرها وهي جزور
او بقرة فان مرض واوصى بوصايا في القرب وابواب الخير جاز ذلك في ثلثه لان
نظره فيه اذ هي حالة انقطاعه عن امواله والوصية تخلف ثناء او ثوابا وقد ذكرنا من التفريع
اكثر من هذا في كفاية المنتهى ولا يحجر على الفاسق اذا كان مصلحا لماله والفسق الاصلي والطارئ
فيه سواء وقال الشافعي رحمه الله يحجر عليه زجرا له وعقوبة عليه كما في السفيه ولهذا لم يجعل اهلا للشهادة
والولاية عنده ولنا قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم الآية وقد اونس منه
نوع رشد فتتناوله النكرة المطلقة ولان الفاسق من اهل الولاية عندنا لاسلامه فيكون
واليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم ويحجر القاضي عندهما ايضا وهو قول الشافعي رحمه الله بسبب الغفلة
وهو ان يغبن في التجارات ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له فصل في حد البلوغ
وبلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال اذا وطئ فان لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثماني
عشرة سنة عند ابي حنيفة رحمه الله وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك
فحتى يتم لها سبع عشرة سنة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا تم للغلام والجارية خمس عشرة
سنة فقد بلغا وهذه رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وهو قول الشافعي رحمه الله وعنه في الغلام تسع عشرة سنة
وقيل المراد ان يطعن في التاسعة عشرة ويتم له ثماني عشرة فلا اختلاف وقيل فيه اختلاف الرواية
لانه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة اما العلامة فلان البلوغ بالانزال حقيقة والحبل
والاحبال لا يكون الا بالانزال وكذا الحيض في اوان الحبل فجعل كل ذلك علامة البلوغ وادنى
المدة لذلك في حق الغلام اثنتا عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين واما السن فلهم العادة
الفاشية ان البلوغ لا يتاخر فيهما عن هذه المدة وله قوله تعالى حتى يبلغ اشده واشد الصبي
ثماني عشرة سنة كذا قاله ابن عباس رضي الله عنهما وتابعه القتبي رحمه الله وهذا اقل
ما قيل فيه فيبنى الحكم عليه للتيقن به غير ان الاناث نشوؤهن وادراكهن اسرع فنقصنا
في حقهن سنة لاشتمالها على الفصول الاربعة التي يوافق واحد منها المزاج لا محالة
واذا راهق الغلام او الجارية الحلم واشكل امرهما في البلوغ فقالا قد بلغنا فالقول قولهما
واحكامهما احكام البالغين لانه معنى لا يعرف الا من جهتهما ظاهرا فاذا اخبرا به ولم يكذبهما
الظاهر قبل قولهما كما يقبل قول المراة في الحيض باب الحجر بسبب الدين قال ابو حنيفة رحمه الله
لا احجر في الدين واذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم احجر عليه

على رجل

لان في الحجر اهدار اهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص وان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه
نوع حجر ولانه تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص ولكن يحبسه ابدا حتى يبيعه في دينه
ايفاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه
ومنعه من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماء لان الحجر على السفيه انما جوزاه
نظرا له وفي هذا الحجر نظر للغرماء لانه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم ومعنى قولهما ومنعه من
ان يكون باقل من ثمن المثل اما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع
منه وباع ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص عندهما لان البيع
مستحق عليه لايفاء دينه حتى يحبس لاجله فاذا امتنع ناب القاضي منابه كما في الجب والعنة
قلنا التلجئة موهومة والمستحق قضاء الدين والبيع ليس بطريق متعين لذلك بخلاف الجب
والعنة والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق كيف ولو صح البيع كان الحبس اضرارا
بهما بتأخير حق الدائن وتعذيب المديون فلا يكون مشروعا وان كان دينه دراهم
وله دراهم قضاها القاضي بغير امره وهذا بالاجماع لان للدائن حق الاخذ من غير
رضاه فللقاضي ان يعينه وان كان دينه دراهم وله دنانير او على عكسه باعها القاضي
في دينه وهذا استحسان عند ابي حنيفة والقياس ان لا يبيعه كما في العروض ولهذا لم
يكن لصاحب الدين ان يأخذه جبرا وجه الاستحسان انهما متحدان في الثمنية والمالية مختلفان
في الصورة فبالنظر الى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف
يسلب عن الدائن ولاية الاخذ عملا بالشبهين بخلاف العروض لان الغرض يتعلق
بصورها واعيانها اما النقود فوسائل فافترقا ويباع في الدين النقود ثم العروض
ثم العقار يبدأ بالايسر فالايسر لما فيه من المسارعة الى قضاء الدين مع مراعاة جانب
المديون ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقي لان به كفاية وقيل دستان
لانه اذا غسل ثيابه لا بد له من ملبس وان اقر في حالة الحجر باقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون
لانه تعلق بهذا المال حق الاولين فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار لغيرهم بخلاف الاستهلاك
لانه مشاهد لا مرد له ولو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ اقراره فيه لان حقهم لم يتعلق به لعدمه
وقت الحجر وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار وذوي ارحامه لان
حاجته الاصلية مقدمة على حق الغرماء ولانه حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر ولهذا

لو تزوج

لو تزوج امرأة كانت في مقدار مهر مثلها اسوة للغرماء وان لم يعرف للمفلس مال وطلب
غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة وقد ذكرنا
هذا الفصل بوجوهه في كتاب ادب القاضي من هذا الكتاب فلا نعيده الى ان قال وكذلك
ان اقام البينة انه لا مال له يعني خلى سبيله لوجوب النظرة الى الميسرة ولو مرض في الحبس
يبقى فيه ان كان له خادم يقوم بمعالجته وان لم يكن اخرجه تحرزا عن هلاكه والمحترف فيه
لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه بخلاف ما اذا كانت
له جارية وفيه موضع يمكنه وطؤها لا يمنع منه لانه قضاء احدى الشهوتين فيعتبر بقضاء الاخرى
ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس بل يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر
لقوله عليه الصلوة والسلام ان لصاحب الحق اليد واللسان اراد باليد الملازمة وباللسان
التقاضي ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة وقالا اذا
الحاكم حال بينه وبين الغرماء الا ان يقيموا البينة ان له مالا لان القضاء بالافلاس عندهما يصح
ويستحق النظرة الى الميسرة وعند ابي حنيفة لا يتحقق القضاء بالافلاس لان مال الله
غاد ورائح ولان وقوف الشهود على المال لا يتحقق الا ظاهرا فيصلح للدفع لا لابطال الحق
في الملازمة وقوله الا ان يقيموا البينة اشارة الى ان بينة اليسار تترجح على بينة الاعسار لانها
اكثر اثباتا اذ الاصل هو العسرة وقوله في الملازمة لا يمنعونه من التصرف والسفر دليل على انه
يدور معه اينما دار ولا يجلسه في موضع لانه حبس ولو دخل داره لحاجته لا يتبعه بل يجلس على باب داره
الى ان يخرج لان الانسان لا بد ان يكون له موضع خلوة ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة
فالخيار الى الطالب لانه ابلغ في حصول المقصود لاختياره الاضيق عليه الا اذا علم القاضي ان
بالملازمة يدخل عليه ضرر بين بان لا يمكنه من دخوله داره فحينئذ يحبسه دفعا للضرر عنه ولو كان
الدين لرجل على امرأة لا يلازمها لما فيه من الخلوة بالاجنبية ولكن يبعث امرأة امينة تلازمها
ومن افلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع اسوة الغرماء فيه وقال الشافعي
يحجر القاضي على المشتري بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ لانه عجز المشتري عن ايفاء الثمن فيوجب ذلك
حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لانه عقد معاوضة ومن قضيتها المساواة وصار
كالسلم ولنا ان الافلاس يوجب العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ
باعتباره وانما المستحق وصف في الذمة اعني الدين وبقبض العين يتحقق بينهما مبادلة

فيثبت العسرة م

هذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها الا في موضع التعذر كالسلم لان الاستبدال ممتنع فاعطي العين حكم الدين

كتاب الماذون الاذن هو الاعلام لغة وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا والعبد
بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته لانه بعد الرق بقي اهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز وانحجاره
عن التصرف لحق المولى لانه ما عهد تصرفه الا موجبا لتعلق الدين برقبته او بكسبه وذلك مال المولى
فلا بد من اذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى ولهذا لا يقبل
التوقيت حتى لو اذن لعبده يوما او شهرا كان ماذونا ابدا حتى يحجر عليه لان الاسقاطات
لا تتوقت ثم الاذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة كما اذا راى عبده يبيع ويشتري فسكت
يصير ماذونا عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله ولا فرق بين ان يبيع عينا مملوكا للمولى او لاجنبي
باذنه او بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا لان كل من يراه يظنه ماذونا له فيها فيعاقده فيتضرر به
لو لم يكن ماذونا له ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم واذا اذن المولى لعبده
في التجارة اذنا عاما جاز تصرفه في سائر التصرفات التجارات ومعنى هذه المسئلة ان يقول له
اذنت لك في التجارة ولا يقيده ووجهه ان التجارة اسم عام يتناول الجنس فيبيع ويشتري
ما بدا له من انواع الاعيان لانه اصل التجارة ولو باع او اشترى بالغبن اليسير فهو جائز
لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالفاحش عند ابي حنيفة خلافا لهما هما يقولان ان البيع بالفاحش منه
بمنزلة التبرع حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله فلا ينتظمه الاذن وله انه تجارة والعبد متصرف
باهلية نفسه فصار كالحر وعلى هذا الخلاف الصبي الماذون ولو حابى في مرض موته يعتبر من
جميع المال اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فمن جميع ما بقي لان الاقتصار في الحر
على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد وان كان الدين محيطا بما في يده يقال للمشتري
اد جميع المحاباة والا فرد البيع كما في الحر وله ان يسلم ويقبل السلم لانه تجارة وله
ان يوكل بالبيع والشرى لانه قد لا يتفرغ بنفسه ويرهن ويرتهن لانهما من توابع التجارة
فانه ايفاء واستيفاء وله ان يتقبل الارض ويستاجر الاجراء والبيوت لان كل
ذلك من صنيع التجار ويأخذ الارض مزارعة لان فيه تحصيل الربح ويشتري طعاما فيزرعه
في ارضه لانه يقصد به الربح ويأخذ الارض مزارعة قال عليه الصلوة والسلام الزارع يتاجر
ربه وله ان يشارك شركة عنان ويدفع المال مضاربة وياخذها لانه من عادة
التجار وله ان يوجر نفسه عندنا خلافا للشافعي هو يقول لا يملك العقد على نفسه فكذا على

على منافعه

على منافعه لانها تابعة لها ولنا ان نفسه راس ماله فيملك التصرف فيه الا اذا كان يتضمن
ابطال الاذن كالبيع لانه ينحجر به والرهن لانه يحبس به فلا يحصل مقصود المولى اما الاجارة
فلا ينحجر به ويحصل به المقصود وهو الربح فيملكه وان اذن له في نوع منها دون غيره
فهو ماذون له في جميعها وقال زفر والشافعي لا يكون ماذونا الا في ذلك النوع
وعلى هذا الخلاف اذا نهاه عن التصرف في نوع آخر لهما ان الاذن توكيل وانابة من المولى لانه يستفيد
الولاية من جهته ويثبت الحكم وهو الملك له دون العبد ولهذا يملك حجره فيختص بما خصه به
كالمضارب ولنا انه اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه وعند ذلك تظهر مالكية العبد
فلا يتخصص بنوع دون نوع بخلاف الوكيل لانه يتصرف في مال غيره فتثبت له الولاية من
جهته وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد حتى كان له ان يصرفه الى قضاء الدين والنفقة
وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه وان اذن له في شيء بعينه فليس بماذون لانه استخدام
ومعناه ان يامره بشراء ثوب الكسوة او طعام رزق لاهله وهذا لانه لو صار ماذونا يسند
عليه باب الاستخدام بخلاف ما اذا قال اد الي الغلة كل شهر كذا او قال اد الي الفا
وانت حر لانه طلب منه المال ولا يحصله الا بالتكسب او قال اقعد صباغا او قصارا لانه
اذن بشراء ما لا بد له منه في عمله ماذونا في الانواع واقرار الماذون بالديون والغصوب
جائز وكذا بالودائع لان الاقرار من توابع التجارة اذ لو لم يصح لاجتنب الناس مبايعته
ومعاملته ولا فرق بينما اذا كان عليه دين او لم يكن اذا كان الاقرار في صحته فان كان في مرضه
يقدم دين الصحة كما في الحر بخلاف الاقرار بما يجب من المال لا بسبب التجارة لانه كالمحجور
في حقه وليس له ان يتزوج لانه ليس بتجارة ولا يزوج مماليكه وقال ابو يوسف يزوج
الامة لانه تحصيل المال بمنافعها فاشبه اجارتها ولهما ان الاذن يتضمن التجارة
وهذا ليس بتجارة ولهذا لا يملك تزويج العبد وعلى هذا الخلاف الصبي الماذون له والمضارب
والشريك شركة عنان والاب والوصي ولا يكاتب لانه ليس بتجارة اذ هي مبادلة
المال بالمال والبدل فيه مقابل بفك الحجر فلم يكن تجارة الا ان يجيزه المولى ولا دين
عليه لان المولى قد ملكه ويصير العبد نائبا عنه ويرجع الحقوق الى المولى لان الوكيل في الكتابة
سفير ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة فالاعتاق اولى ولا يقرض لانه
تبرع محض كالهبة ولا يهب بعوض ولا بغير عوض وكذا لا يتصدق لان كل ذلك تبرع بصريحه

ابتداءً وانتهاءً اما ابتداء فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة الا ان يهدي اليسير من الطعام
او يضيف من يطعم لانه من ضرورات التجارة استجلابا لقلوب المجاهدين بخلاف المحجور عليه
لانه لا اذن له اصلا فكيف يثبت ما هو من ضروراته وعن ابي يوسف رح ان المحجور عليه اذا اعطاه
المولى قوت يومه فدعا بعض رفقائه على ذلك الطعام فلا بأس به بخلاف ما اذا اعطاه
قوت شهر لانهم لو اكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى قالوا ولا بأس للمرأة ان تتصدق
من منزل زوجها بالشيء اليسير كالرغيف ونحوه لان ذلك غير ممنوع عنه في العادة وله
ان يحط من الثمن بالعيب مثل ما يحطه التجار لانه من صنيعهم وربما يكون الحط انظر له من قبول المعيب
ابتداء بخلاف ما اذا حط من غير عيب لانه تبرع محض بعد تمام العقد وليس من صنيع التجار
ولا كذلك المحاباة في الابتداء لانه قد يحتاج اليها على ما بيناه وله ان يؤجل في دين
وجب له لانه من عادات التجار وديونه متعلقة برقبته يباع فيه للغرماء الا ان يفديه المولى
وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يباع ويباع كسبه في دينه بالاجماع لهما ان غرض
المولى من الاذن تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال قد كان وذلك في تعلق الدين بكسبه
حتى اذا فضل منه شيء عن الدين يحصل له لا بالرقبة بخلاف دين التعلق
الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس لان سبب التجارة وهي داخلة تحت [الاذن]
وتعلق الدين برقبته استيفاء حامل على المعاملة فمن هذا الوجه صلح غرضا
وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه وتعلقه بالكسب لا ينافي تعلقه بالرقبة
فيتعلق بهما غير انه يبدأ بالكسب في الاستيفاء ايفاء لحق الغرماء وابقاء لمقصود [المولى]
وعند انعدامه يستوفى من الرقبة وقوله في الكتاب ديونه المراد منه دين واجب
بالتجارة او بما هو في معناها كالبيع والشراء والاجارة والاستئجار وضمان
الغصوب والودائع والامانات اذا جحدها وما يجب من العقر بوطء المشتراة بعد الاستحقاق
لاستناده الى الشراء فيلحق به ويقسم ثمنه بينهم بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقها
بالتركة فان فضل شيء من ديونه طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء
الرقبة به ولا يباع ثانيا كيلا يمتنع البيع او دفعا للضرر عن المشتري ويتعلق دينه بكسبه
سواء حصل قبل لحوق الدين او بعده ويتعلق بما يقبل من الهبة لان المولى انما يخلفه في الملك
بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ ولا يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين

(هامش: لانه نوع جناية والاستهلاك لا يتعلق بالاذن ولنا ان الواجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك صح)

لوجود

لوجود شرط الخلوص له وله ان يأخذ غلة مثله بعد الدين لانه لو لم يمكن منه يحجر عليه
فلا يحصل الكسب والزيادة على غلة المثل يردها الى الغرماء لعدم الضرورة فيها وتقدم حقهم
وان حجر عليه لم ينحجر حتى يظهر حجره بين اهل سوقه لانه لو انحجر لتضرر الناس به لتأخر حقهم الى ما بعد
العتق لما لم يتعلق برقبته وكسبه وقد بايعوه على رجاء ذلك ويشترط علم اهل سوقه
حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيه الا رجل او رجلان لا ينحجر ولو بايعوه جاز وان بايعه الذي
علم بحجره ولو حجر عليه في بيته بمحضر من اكثر اهل سوقه ينحجر والمعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام
ذلك مقام الظهور عند الكل كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام والصلوة ويبقى العبد
مأذونا الى ان يعلم بالحجر كالوكيل الى ان يعلم بالعزل وهذا لانه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين
من خالص ماله بعد العتق وما رضي به وانما يشترط الشيوع في الحجر اذا كان الاذن شائعا اما
اذا لم يعلم به الا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لانه لا ضرر ولو مات المولى او لحق بدار الحرب او جن
صار المأذون محجورا عليه لان الاذن غير لازم وما لا يكون لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء هذا هو الاصل
فلا بد من قيام اهلية الاذن في حالة البقاء وهي تنعدم بالموت والجنون وكذا باللحوق لانه باللحوق
موت حكما حتى يقسم ماله بين ورثته واذا ابق العبد صار محجورا عليه وقال الشافعي رح يبقى مأذونا
لان الاباق لا ينافي ابتداء الاذن فكذا لا ينافي البقاء وصار كالغصب ولنا ان الاباق حجر
دلالة لانه انما رضي بكونه مأذونا على وجه يتمكن من تقضية دينه من كسبه بخلاف ابتداء الاذن
لان الدلالة لا معتبر بها عند وجود الصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان الانتزاع من يد الغاصب متيسر
واذا ولدت المأذون لها من مولاها فذلك حجر عليها فيكون دلالة الحجر عادة بخلاف الابتداء لان
الصريح قاض على الدلالة ويضمن المولى قيمتها ان ركبتها ديون لاتلافه محلا تعلق به حق الغرماء
اذ به يمتنع البيع وبه يقضى حقهم واذا استدانت الامة المأذون لها اكثر من قيمتها فدبرها المولى
فهي مأذون لها على حالها لانعدام دلالة الحجر اذ العادة ما جرت بتحصين المدبرة ولا منافاة
بين حكميهما والمولى ضامن لقيمتها لما قررناه في ام الولد واذا حجر على المأذون له فاقراره
جائز فيما في يده من المال عند ابي حنيفة رح ومعناه ان يقر بما في يده انه امانة لغيره او
غصب منه او اقر بدين عليه فيقضى مما في يده وقالا لا يجوز اقراره لهما ان المصحح لاقراره
ان كان الاذن فقد زال بالحجر وان كان اليد فالحجر ابطلها لان يد المحجور غير معتبرة وصار كما اذا اخذ
كسبه من يده قبل اقراره او ثبت حجره بالبيع من غيره ولهذا لا يصح اقراره في حق الرقبة

(هامش: خلافا لزفر رح هو يعتبر البقاء بالابتداء ولنا ان الظاهر انه يحصنها بعد الولادة صح)

بعد الحجر وله ان المصحح هو اليد ولهذا لا يصح اقرار المأذون فيما اخذه المولى من يده واليد
باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته واقراره دليل تحققها بخلاف
ما انتزعه المولى من يده قبل الاقرار لان يد المولى ثابتة حقيقة وحكما فلا تبطل باقراره
وكذا ملكه ثابت في رقبته فلا يبطل باقراره من غير رضاه وهذا بخلاف ما اذا باعه لان العبد
قد تبدل بتبدل الملك على ما عرف فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك ولهذا لم يكن خصما فيما باشره قبل
البيع واذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده ولو اعتق من كسبه عبدا لم يعتق
عند ابي حنيفة رح وقالا يملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته لانه وجد سبب الملك في كسبه وهو ملك رقبته
ولهذا يملك اعتاقه ووطء الجارية المأذون لها وهذا آية كماله بخلاف الوارث لانه يثبت الملك
له نظرا للمورث والنظر في ضده عند احاطة الدين بتركته اما ملك المولى فما ثبت نظرا
للعبد وله ان ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث
على ما قررناه والمحيط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه واذا عرف ثبوت الملك وعدمه
فالعتق فريعته واذا نفذ عندهما يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به وان لم يكن الدين محيطا بماله
جاز عتقه في قولهم جميعا اما عندهما فظاهر وكذا عنده لان المأذون لا يعرى عن قليل الدين
فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الاذن ولهذا لا يمنع ملك
الوارث والمستغرق يمنعه وان باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا
كان عليه دين وان باعه بنقصان لم يجز لانه متهم في حقه بخلاف ما اذا حابى الاجنبي عند ابي حنيفة
لانه لا تهمة فيه وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق
الورثة تعلق بعينه حتى كان لاحدهم الاستخلاص باداء قيمته اما حق الغرماء تعلق بالمالية لا غير فافترقا
وقالا ان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شاء ازال المحاباة وان شاء نقض البيع وعلى هذا
اليسير من المحاباة والفاحش سواء ووجه ذلك ان الامتناع لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا
يندفع الضرر عنهم وهذا بخلاف البيع من الاجنبي بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بازالة
المحاباة والمولى يؤمر به لان البيع باليسير منها متردد بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم
المقومين فاعتبرناه تبرعا في البيع مع المولى للتهمة غير تبرع في حق الاجنبي لانعدامها وبخلاف ما اذا
باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز اصلا عندهما ومن المولى يجوز ويؤمر بازالة المحاباة
لان المحاباة لا تجوز من العبد المأذون له على اصلهما الا باذن المولى ولا اذن بالمحاباة من

من الاجنبي

من الاجنبي وهو مأذون بما باشره بنفسه غير ان ازالة المحاباة لحق الغرماء وبهذا التوفيق على اصلهما
وان باعه المولى شيئا بمثل القيمة او اقل جاز البيع لان المولى اجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين
على ما بينا ولا تهمة في هذا البيع ولانه مفيد فانه يدخل في كسب العبد ما لم يكن فيه ويتمكن المولى
من اخذ الثمن بعد ان لم يكن له هذا التمكن وصحة التصرف تتبع الفائدة فان سلم المبيع قبل قبض
الثمن بطل الثمن لان حق المولى في العين من حيث الحبس فلو بقي بعد سقوطه يبقى في الدين ولا يستوجبه
المولى على عبده بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا لانه يتعين وجاز ان يبقى حقه متعلقا بالعين
وان امسكه في يده حتى يستوفي الثمن جاز لان البائع له حق الحبس في المبيع ولهذا كان اخص
به من الغرماء وجاز ان يكون للمولى حق في الدين اذا كان يتعلق بالعين ولو باعه باكثر من قيمته
يؤمر بازالة المحاباة او ينقض البيع كما بينا في جانب العبد لان الزيادة تعلق بها
حق الغرماء واذا اعتق المولى العبد المأذون لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء
واذا اعتق المولى العبد المأذون وعليه ديون فعتقه جائز لان ملكه فيه باق ما تعلق به
حقهم فيه باق والمولى ضامن لقيمته للغرماء لانه اتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء
من ثمنه وما بقي من الديون يطالب به بعد العتق لان الدين في ذمته وما لزم المولى
الا بقدر ما اتلف ضمانا فبقي الباقي عليه كما كان وان كان اقل من قيمته ضمن الدين
لا غير لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا اعتق المدبر وام الولد المأذون لها وقد ركبتهما
ديون لان حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفا
حقهم فلا يضمن شيئا فان باعه المولى وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه فان
شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاؤا ضمنوا المشتري لان العبد تعلق حقهم به حتى كان لهم ان
يبيعوه الا ان يقضي المولى دينهم والبائع متلف بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض والتغييب
فيتخيرون في التضمين وان شاؤا اجازوا البيع واخذوا الثمن لان الحق لهم والاجازة
اللاحقة كالاذن السابق كما في المرهون فان ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى بعيب
فللمولى ان يرجع بالقيمة ويكون حق الغرماء في العبد لان سبب الضمان قد زال وهو البيع
والتسليم وصار كالغاصب اذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له ان يرد
على المالك ويسترد القيمة كذا هذا ولو كان المولى باعه من رجل واعلمه بالدين فللغرماء
ان يردوا البيع لتعلق حقهم وهو حق الاستيفاء به والاستيفاء من رقبته وفي كل واحد

منهما فائدة والاول تام مؤجل والثاني ناقص معجل وبالبيع تفوت هذه الخيرة فلهذا لهم ان يردوه قالوا وهذا اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم ان يردوه لوصول حقهم اليهم وان كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشتري معناه اذا انكر الدين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف المشتري خصم ويقضى لهم بدينهم وعلى هذا الخلاف اذا اشترى دارا ووهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له وعنهما مثل قوله في مسئلة الشفعة لابي يوسف انه يدعي الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه ولهما ان الدعوى تتضمن فسخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب ومن قدم مصرا وقال انا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة لانه ان اخبر بالاذن فالاخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه جائز اذ الظاهر ان المحجور يجري على موجب حجره والعمل بالظاهر هو الاصل في المعاملات كيلا يضيق الامر على الناس الا انه لا يباع حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله في الرقبة لانها خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بيناه فان حضر فقال هو مأذون بيع في الدين لانه ظهر الدين في حق المولى وان قال هو محجور فالقول له لانه متمسك بالاصل فصل واذا اذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون اذا كان يعقل البيع حتى ينفذ تصرفه وقال الشافعي لا ينفذ لان حجره لصباه فيبقى ببقائه ولانه مولى عليه حتى يملك الولي التصرف ويملك حجره فلا يكون واليا للمنافاة وصار كالطلاق والعتاق بخلاف الصوم والصلوة لانه لا يقام بالولي وكذا الوصية على اصله فتحققت الضرورة الى تنفيذه منه اما البيع والشراء فيتولاه الولي فلا ضرورة ولنا ان التصرف المشروع صدر من اهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على ما عرف تقريره في الخلافيات والصبا سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته وقد ثبتت نظرا الى اذن المولى وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال بخلاف الطلاق والعتاق لانه ضار محض فلم يؤهل له والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن والبيع والشراء دائر بين النفع والضرر فيجعل اهلا له بعد الاذن لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا منه على اجازة الولي لاحتمال وقوعه نظرا وصحة التصرف في نفسه وذكر الولي في الكتاب ينتظم الاب والجد عند عدمه والوصي والقاضي والوالي بخلاف صاحب الشرط لانه ليس اليه تقليد القضاء

والشرط

والشرط ان يعقل كون البيع سالبا للملك جالبا للربح والتشبيه بالعبد المأذون يفيد ان ما ثبت في العبد من الاحكام يثبت في حقه لان الاذن فك الحجر والمأذون يتصرف باهلية نفسه عبدا كان او صبيا ولا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع ويصير مأذونا بالسكوت كما في العبد ويصح اقراره بما في يده من كسبه وكذا بموروثه في ظاهر الرواية كما يصح اقرار العبد ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته كما في العبد والمعتوه الذي يعقل البيع والشرى بمنزلة الصبي يصير مأذونا باذن الاب والوصي والجد دون غيرهم على ما بيناه وحكمه حكم الصبي

كتاب الغصب

الغصب في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط ثم ان كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا اثم لان الخطأ موضوع ومن غصب شيئا له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما وهذا لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولان المثل اعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان ادفع للضرر فان لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يختصمون وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يوم الغصب وقال محمد يوم الانقطاع لابي يوسف انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فيعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب ولمحمد ان الواجب هو المثل في الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع فيعتبر قيمته يوم الانقطاع ولابي حنيفة ان النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا لو صبر الى ان يوجد جنسه له ذلك وانما ينتقل بالقضاء فيعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء بخلاف ما لا مثل له لانه مطالب بالقيمة باصل السبب كما وجد فتعتبر قيمته عند ذلك وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العدديات المتفاوتة لانه لما تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان اما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لانه لا مثل له وعلى الغاصب رد العين المغصوبة معناه ما دام قائما لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد وقال عليه السلام لا يحل لاحد ان يأخذ متاع اخيه لاعبا ولا جادا فان اخذه فليرده عليه ولان اليد حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب اعادتها بالرد اليه وهو الموجب الاصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفا لانه قاصر اذ الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب الاصلي هو القيمة ورد العين

مخلص ويظهر ذلك في بعض الاحكام والواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت القيمة بتفاوت
الاماكن فاذا ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى نعلم انها لو كانت باقية لاظهرها ثم قضى عليه ببدلها لان
الواجب رد العين والهلاك بعارض فهو يدعي امرا عارضا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله كما
اذا ادعى الافلاس وعليه ثمن متاع فيحبس الى ان نعلم ما يدعيه واذا علم الهلاك سقط عنه رده
فيلزمه رد بدله وهو القيمة والغصب فيما ينقل ويحول لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون
غيره لان ازالة اليد بالنقل واذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رح وقال محمد يضمنه وهو قول ابي يوسف رح اولا وبه قال الشافعي رح لتحقق
اثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد
في حالة واحدة فيتحقق الوصفان وهو تحقق الغصب على ما بيناه كالمنقول وجحود الوديعة
ولهما ان الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور
في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار فصار كما اذا بعد
المالك عن المواشي وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجحود ممنوعة ولو سلم
فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم والجحود تارك لذلك قال وما نقص منه بفعله او سكناه
ضمنه في قولهم جميعا لانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين و
فيه ما قاله اذا انهدم الدار بسكناه وعمله فلو غصب دارا وباعها وسلمها واقر بانه
ولا بينة لصاحب الدار وهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح قال واذا انتقص
بالزراعة يغرم النقصان لانه اتلف البعض فيأخذ رأس ماله ويتصدق بالفضل قال
رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا يتصدق وسنذكر
الوجه من الجانبين ان شاء الله تعالى قال فاذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله او بغير
فعله ضمنه وفي اكثر نسخ المختصر واذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق ان الغصب
فيما ينقل وهذا لان العين دخل في ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رده
يجب القيمة او يتقرر بذلك السبب ولهذا يعتبر قيمته يوم الغصب وان نقص في يده ضمن
النقصان لانه دخل جميع اجزائه في ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته بخلاف تراجع
السعر اذا رد في مكان الغصب لانه عبارة عن فتور الرغبات دون فوت الجزء وبخلاف المبيع
لانه ضمان عقد اما الغصب فقبض والاوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف قال رضي الله عنه

وزاده

وزاده غير الربوي اما في الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربوا
قال ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان لما بينا قال رضي الله عنه
(ويتصدق بالغلة)
وهذا عندهما ايضا وعنده لا يتصدق وعلى هذا الخلاف اذا اجر المستعير المستعار لابي
يوسف رحمه الله انه حصل في ضمانه وملكه والضمان طاهر وكذا الملك لان المضمونات تملك
باداء الضمان مستندا عندنا ولهما انه حصل بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير وما هذا
حاله فسبيله التصدق اذ الفرع يحصل على وصف الاصل والملك المستند ناقص فلا ينعدم
به الخبث فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له ان يستعين بالغلة في اداء الضمان
لان الخبث لاجل المالك ولهذا لو ادى اليه يباح له التناول فيزول الخبث بالاداء
اليه بخلاف ما اذا باعه فهلك في يد المشتري ثم استحق وغرمه ليس له ان يستعين
بالغلة في اداء الثمن اليه لان الخبث ما كان لحق المشتري الا اذا كان لا يجد غيره لانه محتاج
اليه وله ان يصرفه الى حاجة نفسه فلو اصاب مالا تصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال
وان كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا قال ومن غصب الفا فاشترى بها جارية فباعها
بالفين ثم اشترى بالالفين جارية فباعها بثلاثة الاف فانه يتصدق بجميع الربح
وهذا عندهما واصله ان الغاصب او المودع اذا تصرف في المغصوب او الوديعة
وربح لا يطيب له الربح عندهما خلافا لابي يوسف رح وقد مرت الدلائل وجوابهما في الوديعة
اظهر لانه لا يستند الملك الى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكه
ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالتعيين بالاشارة اما فيما لا يتعين كالثمنين فقوله
في الكتاب اشترى بها اشارة الى ان التصدق انما يجب اذا اشار اليها ونقد
منها اما اذا اشار اليها ونقد من غيرها او نقد منها واشار الى غيرها او اطلق اطلاقا ونقد
منها يطيب له وهكذا قال الكرخي لان الاشارة اذا كانت لا تفيد التعيين
لا بد ان تتأكد بالنقد ليتحقق الخبث وقال مشايخ سمرقند رحمهم الله تعالى لا يطيب قبل
ان يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامع الصغير و
المضاربة قال وان اشترى بالالف جارية تساوي الفين فوهبها او طعاما
فاكله لم يتصدق بشيء وهذا قولهم جميعا لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس

فصل فيما يتغير بعمل الغاصب

قال واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب

حتى زال اسمها واعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب
وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها كمن غصب شاة فذبحها وشواها
او طبخها او حنطة فطحنها او حديدا فاتخذه سيفا او صفرا فعمله آنية وهذا
كله عندنا وقال الشافعي رح لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن ابي يوسف رح
غير انه اذا اختار اخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده لانه يؤدي الى الربوا
وعند الشافعي رح يضمنه وعن ابي يوسف رح انه يزول ملكه عنه لكنه يباع في دينه وهو احق به
من الغرماء بعد موته للشافعي رح ان العين باقية فيبقى على ملكه ويتبعه الصنعة كما اذا
الريح في الحنطة والقتها في طاحونة فطحنت ولا معتبر بفعله لانه محظور فلا يصلح سببا للملك
على ما عرف وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها واربها ولنا انه احدث صنعة متقومة
صير حق المالك هالكا من وجه الا يرى انه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد وحقه في الصنعة
قائم من كل وجه فيترجح على الاصل الذي هو فائت من وجه ولا نجعله سببا للملك من حيث انه
محظور بل من حيث انه احداث الصنعة بخلاف الشاة لان اسمها باق بعد الذبح والسلخ
وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة ويتفرع عليه غيرها فاحفظه وقوله ولا يحل له الانتفاع
حتى يؤدي بدلها استحسان والقياس ان يكون له ذلك وهو قول الحسن وزفر رحمهما الله
وهكذا عن ابي حنيفة رح رواه الفقيه ابو الليث رح ووجهه ثبوت الملك المطلق للتصرف
الا يرى انه لو وهبه او باعه جاز وجه الاستحسان قوله عليه الصلوة والسلام في الشاة المذبوحة
المصلية بغير رضا صاحبها اطعموها الاسارى افاد الامر بالتصدق زوال ملك المالك
وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضاء ولان في اباحة الانتفاع فتح باب الغصب فيحرم
قبل الرضا حسما لمادة الفساد ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام الملك كما في الملك الفاسد واذا
ادى البدل يباح لان حق المالك صار موفى بالبدل فحصلت مبادلة بالتراضي وكذا اذا
ابرأه لسقوط حقه به وكذا اذا ادى بالقضاء او ضمنه الحاكم او ضمنه المالك لوجود الرضا منه لانه
لا يقضي الا بطلبه وعلى هذا الخلاف اذا غصب حنطة فزرعها او نواة فغرسها غير ان عند ابي يوسف رح
يباح الانتفاع فيهما قبل اداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف ما تقدم لقيام
العين فيه من وجه وفي الحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل عنده خلافا لهما واصله ما تقدم قال وان غصب
فضة او ذهبا فضربها دنانير او دراهم او آنية لم يزل ملك مالكها عنها عند ابي حنيفة رح فياخذها
ولا شيء للغاصب وقالا يملكها الغاصب وعليه مثلها لانه احدث صنعة معتبرة صير حق

بالكا من وجه الا يرى انه كسره وفات بعض المقاصد والتبر لا يصلح راس المال في المضاربات
والشركات والمضروب يصلح لذلك وله ان العين باقية من كل وجه الا يرى ان الاسم باق
ومعناه الاصلي الثمنية وكونه موزونا وانه باق حتى يجري فيه الربوا باعتباره وصلاحيته لراس
المال من احكام الصنعة دون العين وكذا الصنعة فيها غير متقومة مطلقا لانه لا قيمة لها عند
المقابلة بجنسها قال ومن غصب ساجة فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها
وقال الشافعي رح للمالك اخذها والوجه من الجانبين قدمناه ووجه آخر لنا فيه ان فيما ذهب اليه
اضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة
فصار كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته او عبده او ادخل اللوح المغصوب في سفينته
ثم قال الكرخي والفقيه ابو جعفر رحمهما الله انما لا ينقض اذا بنى في حوالي الساجة لانه غير متعد في البناء
اما اذا بنى على نفس الساجة ينقض لانه متعد فيه وجواب الكتاب يرد ذلك وهو الاصح قال
ومن ذبح شاة غيره بغير امره فمالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء
ضمنه نقصانها وكذا الجزور وكذا اذا قطع يدها هذا هو ظاهر الرواية ووجهه انه اتلاف من وجه
باعتبار فوت بعض الاغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق
الفاحش في الثوب ولو كانت الدابة غير ماكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك ان
يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف طرف المملوك حيث ياخذه مع
ارش المقطوع لان الآدمي يبقى منتفعا به بعد قطع الطرف قال ومن خرق ثوب غيره
خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب لمالكه لان العين قائم من كل وجه وانما دخله عيب
فيضمنه وان خرق خرقا كبيرا يبطل عامة منافعه فلمالكه ان يضمنه جميع قيمته لانه
استهلاك من هذا الوجه فكانه احرقه قال رضي الله عنه ومعناه يترك الثوب عليه وان
اخذ الثوب وضمنه النقصان لانه تعييب من وجه من حيث ان العين باق
وكذا بعض المنافع قائم ثم اشارة الكتاب الى ان الفاحش ما يبطل به عامة المنافع
والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض
المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان لان محمدا
رح جعل في الاصل قطع الثوب نقصانا فاحشا والفائت به بعض المنافع قال
ومن غصب ارضا فغرس فيها او بنى قيل له اقلع البناء والغرس وردها فارغة

لقوله عليه الصلوة والسلام ليس لعرق ظالم حق ولان ملك صاحب الارض باق فان
الارض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها ولا بد للملك من سبب فيؤمر الشاغل بتفريغها
كما اذا شغل ظرف غيره بطعامه فان كانت الارض تنقص بقلع ذلك فللمالك ان
يضمن له قيمة البناء والغرس مقلوعا ويكون له لان فيه نظرا لهما ودفع الضرر عنهما وقوله قيمته
مقلوعا معناه قيمة بناء او شجر يؤمر بقلعه لان حقه فيه اذ لا قرار له فتقوم الارض بدون
الشجر والبناء وتقوم وبها شجر او بناء لصاحب الارض ان يأمره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما
قال ومن غصب ثوبا فصبغه احمر او سويقا فلته بسمن فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه
قيمة ثوب ابيض ومثل السويق وسلمه للغاصب وان شاء اخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن
فيهما وقال الش فى الثوب لصاحبه ان يمسكه ويأمر الغاصب بقلع الصبغ بالقدر الممكن
اعتبارا بفصل الساجة لان التمييز ممكن بخلاف السمن فى السويق لان التمييز متعذر ولنا ما بينا ان
فيه رعاية الجانبين والخيرة لصاحب الثوب لكونه صاحب الاصل بخلاف الساجة يبنى فيها
لان النقض له بعد النقض اما الصبغ فيتلاشى وبخلاف ما اذا انصبغ بهبوب الريح لانه
لا جناية من صاحب الصبغ ليضمن الثوب فيتملك صاحب الاصل الصبغ قال ابو عصمة
فى اصل المسئلة وان شاء رب الثوب باعه ويضرب بقيمته ابيض وصاحب الصبغ بما زاد
الصبغ فيه لان له ان لا يتملك الصبغ بالقيمة وعند امتناعه تعين رعاية الجانبين فى البيع
ويتأتى هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه وقد ظهر بما ذكرنا الوجه فى السويق غير ان السويق
من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال فى الاصل يضمن
قيمة السويق لان السويق يتفاوت بالقلى فلم يبق مثليا وقيل المراد منه المثل سماه به لقيامه مقامه
والصفرة كالحمرة ولو صبغه اسود فهو نقصان عند ابى حنيفة رح وعندهما زيادة وقيل هذا اختلاف
عصر وزمان وقيل اذا كان ثوبا ينقصه السواد فهو نقصان وان كان يزيد فيه السواد فهو كالحمرة
وقد عرف فى غير هذا الموضع ولو كان ثوبا تنقصه الحمرة بان كانت قيمته ثلثين درهما
فتراجعت بالصبغ الى عشرين فعن محمد رح انه ينظر الى ثوب تزيد فيه الحمرة فان كانت الزيادة
خمسة يأخذ ثوبه وخمسة دراهم لان احدى الخمستين جبرت بالصبغ فصل ومن غصب
عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها وهذا عندنا وقال الش رح لا يملكها لان الغصب
عدوان محض فلا يصلح سببا كما فى المدبر ولنا انه ملك البدل بكماله والمبدل قابل

للنقل من ملك الى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه بخلاف المدبر لانه غير قابل للنقل لحق المدبر نعم قد يفسخ
التدبير بالقضاء لكن البيع بعده يصادف القن قال والقول فى القيمة قول الغاصب مع يمينه
لان المالك يدعى الزيادة وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه الا ان يقيم البينة باكثر
من ذلك لانه اثبته بالحجة الملزمة قال فان ظهرت العين وقيمتها اكثر مما ضمن وقد ضمنها
بقول المالك او ببينة اقامها او بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو للغاصب
لانه تم له الملك بسبب اتصل به رضاء المالك حيث ادعى هذا المقدار قال وان كان
ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فهو بالخيار ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين ورد
العوض لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعى الزيادة واخذه دونها لعدم الحجة ولو ظهرت
العين وقيمتها مثل ما ضمنه او دونه فى هذا الفصل الاخير فكذلك الجواب فى ظاهر الرواية
وهو الاصح خلافا لما قاله الكرخى انه لا خيار له لانه لم يتم رضاه حيث لم يعط ما يدعيه والخيار
لفوات الرضاء قال ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه وان اعتقه
ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه لان ملكه الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا او ضرورة ولهذا يظهر فى
حق الاكساب دون الاولاد والناقص يكفى لنفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب قال
وولد المغصوبة ونماؤها وثمرة البستان المغصوب امانة فى يد الغاصب ان هلك
فلا ضمان عليه الا ان يتعدى فيها او يطلبها مالكها فيمنعها اياه وقال الش رح زوائد
الغصب مضمونة متصلة كانت او منفصلة لوجود الغصب وهو اثبات اليد على مال الغير بغير
رضاه كما فى الظبية المخرجة من الحرم اذا ولدت فى يده يكون مضمونا عليه ولنا ان الغصب
اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا ويد المالك ما كانت ثابتة
على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها اذ الظاهر عدم
المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه وكذا اذا تعدى فيه كما قال فى الكتاب وذلك بان اتلفه
او ذبحه واكله او باعه وسلمه وفى الظبية المخرجة لا يضمن ولدها اذا هلك قبل التمكن من
الارسال لعدم المنع وانما يضمنه اذا هلك بعده لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع
على هذا اكثر مشايخنا ولو اطلق الجواب فهو ضمان جناية ولهذا يتكرر بتكررها ويجب بالاعانة
والاشارة فلان يجب بما هو فوقها وهو اثبات اليد على مستحق الامن اولى واحرى قال
وما نقصت الجارية بالولادة فى ضمان الغاصب وقال زفر والش رحمهما الله لا ينجبر

فان كان فى قيمة الولد وفاء بجبر النقصان ... بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب

لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما في ولد الظبية وكما اذا هلك الولد قبل الرد او ماتت
الام وبالولد وفاء وصار كما اذا جز صوف شاة او قطع قوائم شجر غيره او خصى عبد غيره او علمه
الحرفة ولنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة او العلوق على ما عرف وعند
ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا وصار كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت او سقطت ثنيتها
ثم نبتت او قطعت يد المغصوب في يده واخذ ارشها واداه مع العبد يحتسب عن نقصانه وفي
القطع وولد الظبية ممنوع وكذا اذا ماتت الام وتخريج الثانية ان الولادة ليست بسبب موت الام
اذ لا تفضي اليه غالبا وبخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد لانه لا بد من رد اصله للبراءة فكذا
لا بد من رد خلفه والخصاء لا يعد زيادة لانه غرض بعض الفسقة ولا اتحاد في السبب فيما وراء ذلك
من المسائل لان سبب النقصان القطع والجز وسبب الزيادة النمو وسبب النقصان التعليم والزيادة
سببها الفهم ومن غصب جارية فزنى بها فحبلت ثم ردها وولدت وماتت في نفاسها
يضمن قيمتها يوم علقت ولا ضمان عليه في الحرة وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن في الامة
ايضا لهما ان الرد قد صح لان العيب لا يمنع صحة الرد والهلاك بعده بسبب حدث في يد
المالك وهو الولادة فلا يضمن الغاصب كما اذا حمت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت او زنت
في يده ثم ردها فجلدت فهلكت منه وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع فولدت
عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن وله انه غصبها وما انعقد فيها
سبب التلف وردت وفيها ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذي اخذ فلم يصح الرد وصار
كما اذا جنت في يد الغاصب جناية فقتلت بها في يد المالك او دفعت بها بان كانت
الجناية خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة لانها لا تضمن بالغصب
ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم وما ذكرناه
شرط صحة الرد والزنا سبب لجلد مؤلم لا جارح ولا متلف فلم يوجد السبب في يد الغاصب
قال ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الا ان ينقص باستعماله فيغرم النقصان
وقال الشافعي رح يضمنها فيجب اجر المثل ولا فرق في المذهبين بينهما اذا عطلها
او سكنها وقال مالك رح ان سكنها يجب اجر المثل وان عطلها لا شيء عليه له ان
المنافع اموال متقومة حتى تضمن بالعقود فكذا بالغصوب ولنا انها حصلت على
ملك الغاصب لحدوثها في امكانه اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لانها اعراض لا تبقى

ودفعا

ودفعا لحاجته والا ان لا يضمن لكنه كيف وانه لا يتحقق غصبها واتلافها لانه
لا بقاء لها ولانها لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان وقد عرفت
هذه المآخذ في المختلف وما لا نسلم انها متقومة في ذاتها بل تتقوم ضرورة عند
ورود العقد ولم يوجد العقد الا ان ما انتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض
اجزاء العين فصل في غصب ما لا يتقوم قال واذا اتلف المسلم خمر الذمي او خنزيره
ضمن قيمتهما فان اتلفهما لمسلم لم يضمن وقال الشافعي رح لا يضمنهما للذمي ايضا وعلى هذا
الخلاف اذا اتلفهما ذمي على ذمي او باعهما الذمي من الذمي له انه سقط تقومهما
في حق المسلم فكذا في حق الذمي لانهم اتباع لنا في الاحكام فلا يجب باتلافهما مال
متقوم وهو الضمان ولنا ان التقوم باق في حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير
لهم كالشاة لنا ونحن امرنا بان نتركهم وما يدينون والسيف موضوع عنهم فيتعذر الالزام
واذا بقي التقوم فقد وجد اتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه بخلاف الميتة والدم
لان احدا من اهل الاديان لا يدين تمولهما الا انه يجب قيمة الخمر وان كان من
ذوات الامثال لان المسلم ممنوع عن تمليكه وتملكه لكونه اعزازا له بخلاف ما اذا
جرت المبايعة بين الذميين لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وهذا
بخلاف الربوا لانه مستثنى عن عقودهم وبخلاف المرتد للذمي لانا ما ضمنا لهم ترك
التعرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين وبخلاف متروك التسمية عامدا اذا كان لمن يبيحه
لان ولاية المحاجة ثابتة قال فان غصب من مسلم خمرا فخللها او جلد ميتة فدبغه
فلصاحب الخمر ان يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ
فيه والمراد بالفصل الاول اذا خللها بالنقل من الشمس الى الظل ومنه الى الشمس وبالفصل
الثاني اذا دبغه بما له قيمة كالقرظ والعفص ونحو ذلك والفرق ان هذا التخليل
تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه اذ لا تثبت المالية به وبهذا الدباغ
اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب فكان بمنزلته فلهذا يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ الجلد
ويعطي ما زاد الدباغ فيه وبيانه ان ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما
وللغاصب ان يحبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع قال وان استهلكهما ضمن الخل
لم يضمن الجلد عند ابي حنيفة رح فلانه باق على ملك مالكه وهو مال متقوم فيضمنه بالاتلاف

وقالا يضمن الجلد مدبوغا ويعطي ما زاد الدباغ فيه ولو هلك في يده لا يضمنه بالاجماع اما الخل صح

ويجب مثله لان الخل من ذوات الامثال واما الجلد فلانه باق على ملك المالك حتى كان له ان يأخذه وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه ولانه واجب الرد فاذا فوته عليه خلفه قيمته كما فى المستعار وبهذا فارق الهلاك بنفسه وقولهما يعطى ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس اما عند الاتحاد يطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقى لعدم الفائدة فى الاخذ منه ثم فى الرد عليه وله ان التقوم حصل بصنع الغاصب وصنعته متقومة لاستعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفى ما زاد الدباغ فيه فكان حقا له والجلد تبع له فى حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما اذا هلك من غير صنعه بخلاف وجوب الرد حال قيامه لانه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة فى حق الملك لثبوته قبلها وان لم يكن متقوما بخلاف الذكى والثوب لان التقوم فيهما كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة ولو كان قائما فاراد المالك ان يتركه على الغاصب فى هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة وقيل ليس له ذلك عند ابى حنيفة رح وعندهما له ذلك لانه اذا تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك فهو على هذا الخلاف على ما بيناه ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما فى الاستهلاك وقيل قيمة جلد ذكى غير مدبوغ ولو دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لمالكه بلا شيء لانه بمنزلة غسل الثوب ولو استهلكه الغاصب يضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ لان وصف الدباغة هو الذى حصل بفعله فلا يضمنه وجه الاول وعليه الاكثرون ان صفة الدباغة تابعة للجلد فلا تفرد عنه واذا صار مضمونا عليه فكذا صفته ولو خلل الخمر بالقاء الملح فيه قالوا عند ابى حنيفة رح صار ملكا للغاصب فلا شيء عليه وعندهما اخذه المالك واعطى ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد ومعناه هنا ان يعطى مثل وزن الملح من الخل فان اراد المالك تركه عليه وتضمينه فهو على ما قيل فى دبغ الجلد ولو استهلكها لا يضمنها عند ابى حنيفة رح خلافا لهما كما فى دبغ الجلد ولو القى الخل فيها فعن محمد رح انه ان صار خلا من ساعته يصير ملكا للغاصب ولا شيء عليه لانه استهلاك له وهو غير متقوم وان لم يصر خلا الا بعد زمان بان كان الملقى فيه خلا قليلا فهو بينهما على قدر كيلهما لانه خلط الخل بالخل فى التقدير وهو

على اصله

على اصله ليس باستهلاك وعند ابى حنيفة رح هو للغاصب فى الوجهين ولا شيء عليه لان نفس الخلط استهلاك وعند ابى حنيفة رح هو للغاصب فى الوجهين ولا شيء عليه لان نفس الخلط استهلاك عنده ولا ضمان فى الاستهلاك لانه اتلف ملك نفسه وعند محمد رح لا يضمن بالاستهلاك فى الوجه الاول لما بينا ويضمن فى الوجه الثانى لانه اتلف ملك غيره وبعض المشايخ اجروا جواب الكتاب على اطلاقه ان للمالك ان يأخذ الخل فى الوجوه كلها بغير شيء لان الملقى فيه يصير مستهلكا فى الخمر فلم يبق متقوما وقد كثرت فيه اقوال المشايخ رحمهم الله وقد بيناها فى كفاية المنتهى

ومن كسر لمسلم بربطا او طبلا او مزمارا او دفا او اراق له سكرا او منصفا فهو ضامن وبيع هذه الاشياء جائز وهذا عند ابى حنيفة رضى الله عنه وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يضمن ولا يجوز بيعها وقيل الاختلاف فى الدف والطبل الذى يضرب للهو فاما طبل الغزاة والدف الذى يباح ضربه فى العرس يضمن بالاتلاف من غير خلاف وقيل الفتوى فى الضمان على قولهما والسكر اسم للنيء من ماء الرطب اذا اشتد والمنصف ما ذهب نصفه بالطبخ وفى المطبوخ ادنى طبخة وهو الباذق عن ابى حنيفة رح روايتان فى التضمين والبيع لهما ان هذه الاشياء اعدت للمعصية فبطل تقومها كالخمر ولانه فعل ما فعل آمرا بالمعروف وهو بامر الشرع فلا يضمنه كما اذا فعل باذن الامام ولابى حنيفة رح انها اموال لصلاحيتها لما يحل من وجوه الانتفاع وان صلحت لما لا يحل فصار كالامة المغنية وهذا لان الفساد بفعل فاعل مختار فلا يوجب سقوط التقوم وجواز البيع والتضمين مرتبان على المالية والتقوم والامر بالمعروف باليد الى الامراء لقدرتهم وباللسان الى غيرهم وتجب قيمتها غير صالحة للهو كما فى الجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصى تجب القيمة غير صالحة لهذه الامور كذا هذا وفى السكر والمنصف تجب قيمتهما ولا يجب المثل لان المسلم ممنوع عن تملك عينه وان كان لو فعل جاز وهذا بخلاف ما اذا اتلف على نصرانى صليبا حيث يضمن قيمته صليبا لانه مقر على ذلك ومن غصب ام ولد او مدبرة فماتت فى يده ضمن قيمة المدبرة ولم يضمن قيمة ام الولد عند ابى حنيفة رح وقالا يضمن قيمتهما لان مالية المدبرة متقومة بالاتفاق ومالية ام الولد غير متقومة عنده وعندهما متقومة والدلائل ذكرناها فى كتاب العتاق

كتاب الشفعة قال الشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها

من ضم المشتراة الى عقار الشفيع قال الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار افاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وافاد الترتيب اما الثبوت فلقوله عليه السلام الشفعة لشريك لم يقاسم ولقوله عليه الصلوة والسلام جار الدار احق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا ولقوله عليه الصلوة والسلام الجار احق بسقبه قيل يا رسول الله ما سقبه قال شفعته ويروى احق بشفعته وقال الشافعي لا شفعة بالجوار لقوله عليه الصلوة والسلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ولان حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير من غير رضاه وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع ولنا ما رويناه ولان ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تأبيد وقرار فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع وهذا لان الاتصال على هذه الصفة انما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار اذ هو مادة المضار على ما عرف وقطع هذه المادة بتملك الاصل اولى لان الضرر في حقه بازعاج عن خطة آبائه اقوى وضرر القسمة مشروع فلا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره واما الترتيب فلقوله عليه السلام الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار ولان الاتصال بالشركة في المبيع اقوى لانه في كل جزء وبعده الاتصال في الحقوق لانه شركة في مرافق الملك والترجيح يتحقق بقوة السبب ولان ضرر القسمة ان لم يصلح علة صلح مرجحا قال وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة لما ذكرنا انه مقدم قال فان سلم فالشفعة للشريك في الطريق فان سلم اخذها الجار لما بينا من الترتيب والمراد بهذا الجار الملاصق وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكة اخرى وعن ابي يوسف ان مع وجود الشريك في الرقبة لا شفعة لغيره سلم او استوفى لانهم محجوبون به ووجه الظاهر ان السبب تقرر في حق الكل الا ان للشريك حق التقدم فاذا سلم كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل

معاين

معاين من الدار او جدار معين منها وهو مقدم على الجار في المنزل وكذا على الجار في بقية الدار في اصح الروايتين عن ابي يوسف لان اتصاله اقوى والبقعة واحدة ثم لا بد ان يكون الطريق والشرب خاصا حتى تستحق الشفعة بالشركة فيه فالطريق الخاص ان لا يكون نافذا والشرب الخاص ان يكون نهرا لا تجري فيه السفن وما تجري فيه فهو عام وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وعن ابي يوسف ان الخاص ان يكون نهرا يسقى منه قراحان او ثلثة وما زاد على ذلك فهو عام فان كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة اخرى غير نافذة وهي مستطيلة فبيعت دار في السفلى فلاهلها الشفعة خاصة دون اهل العليا وان بيعت في العليا فلاهل السكتين والمعنى ما ذكرنا في ادب القاضي ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر اصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه قال ولا يكون الرجل بالجذوع على حائط الدار شفيع شركة ولكنه شفيع جوار لان العلة هي الشركة في العقار وبوضع الجذوع لا يصير شريكا في الدار الا انه جار ملازق قال والشريك في الخشبة تكون على حائط الدار جار لما بينا واذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤسهم ولا يعتبر اختلاف الاملاك وقال الشافعي هي على مقادير الانصباء لان الشفعة من مرافق الملك الا ترى انها لتكميل منفعته فاشبه الربح والغلة والولد والثمرة ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون في الاستحقاق الا ترى انه لو انفرد واحد منهم استحق كمال الشفعة وهذا آية كمال السبب وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة والترجيح يقع بقوة الدليل لا بكثرته ولا قوة ههنا لظهور الاخرى بمقابلته وتملك ملك غيره لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه بخلاف الثمرة واشباهها ولو اسقط بعضهم حقه فهي للباقين في الكل على عددهم لان الانتقاص للمزاحمة مع كمال السبب في حق كل منهم وقد انقطعت ولو كان البعض غائبا يقضى بها بين الحضور على عددهم لان الغائب لعله لا يطلب وان قضى للحاضر بالجميع ثم حضر آخر يقضى له بالنصف ولو حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد تحقيقا للتسوية ولو سلم الحاضر بعد ما قضى له بالجميع لا يأخذ القادم الا النصف لان قضاء القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء قال الشفعة تجب بعقد البيع ومعناه بعده لا انه هو السبب لان سببها الاتصال على ما بيناه والوجه فيه ان الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها ولهذا يكتفى بثبوت البيع في حقه حتى يأخذها الشفيع اذا اقر البائع بالبيع وان كان المشتري يكذبه قال وتستقر بالاشهاد ولا بد من الاشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون اعراضه عنه ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد قال وتملك اذا سلمها المشتري او حكم بها حاكم

خاصا م

من طلب المواثبة لانه حق ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد ح

لان الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل الى الشفيع الا بالتراضي او قضاء القاضي كما في الرجوع في الهبة
وتظهر فائدة هذا فيما اذا مات الشفيع بعد الطلبين او باع داره المستحق بها الشفعة او بيعت
دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم او تسليم المخاصم لا تورث عنه في الصورة الاولى
وتبطل شفعته في الثانية ولا يستحقها في الثالثة لانعدام الملك له ثم قوله تجب بعد البيع بيان
انه لا تجب الا عند معاوضة المال بالمال على ما نبينه ان شاء الله تعالى

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قال واذا علم الشفيع بالبيع اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة
اعلم ان الطلب على ثلثة اوجه طلب المواثبة وهو ان يطلبها كما علم حتى لو بلغه البيع ولم يطلب بطلت شفعته
لما ذكرنا ولقوله عليه السلام الشفعة لمن واثبها ولو اخبر بكتاب والشفعة في اوله او في وسطه فقرأ
الكتاب الى آخره بطلت الشفعة وعلى هذا عامة المشائخ وهو رواية عن محمد رحمه الله وعنه ان له
مجلس العلم والروايتان في النوادر وبالثانية اخذ الكرخي لانه لما ثبت له خيار التملك فلا بد من زمان
التأمل كما في المخيرة ولو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله او لا حول ولا قوة الا بالله او قال سبحان الله
لم تبطل شفعته لان الاول حمد على الخلاص من جواره والثاني تعجب منه لقصد اضراره والثالث
لافتتاح كلامه فلا يدل شيء منه على الاعراض وكذا ان قال من ابتاعها وبكم بيعت لانه
يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض والمراد بقوله في الكتاب
اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد
والتقييد بالمجلس اشارة الى ما اختاره الكرخي رحمه الله ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب
الشفعة كما قال طلبت الشفعة او اطلبها او انا طالبها لان الاعتبار للمعنى واذا بلغ الشفيع
بيع الدار لم يجب عليه الاشهاد اذا اخبره واحد حرا كان او عبدا صبيا كان او امرأة
اذا كان الخبر حقا واصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله واخواته فيما تقدم وهذا
بخلاف المخيرة اذا اخبرت عنده لانه ليس فيه الزام حكم وبخلاف ما اذا اخبره المشتري لانه خصم فيه
والعدالة غير معتبرة في الخصوم والثاني طلب التقرير والاشهاد لانه محتاج اليه لاثباته عند
القاضي على ما ذكرنا ولا يمكنه الاشهاد ظاهرا على طلب المواثبة لانه على فور العلم بالشراء فيحتاج
بعد ذلك الى طلب الاشهاد والتقرير وبيانه ما قال في الكتاب ثم ينهض منه يعني من المجلس
ويشهد على البائع ان كان المبيع في يده معناه لم يسلم الى المشتري او على المبتاع
او عند العقار فاذا فعل ذلك استقرت شفعته وهذا لان كل واحد منهما خصم فيه لان

لان للاول اليد وللثاني الملك وكذا يصح الاشهاد عند المبيع لان الحق متعلق به فان سلم
البائع المبيع لم يصح الاشهاد عليه لخروجه من ان يكون خصما اذ لا يد له ولا ملك فصار كالاجنبي
وصورة هذا الطلب ان يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وانا شفيعها وقد كنت طلبت
الشفعة واطلبها الآن فاشهدوا على ذلك وعن ابي يوسف رحمه الله انه يشترط تسمية المبيع
وتحديده لان المطالبة لا تصح الا في معلوم والثالث طلب الخصومة والتملك وسنذكر كيفيته
من بعد ان شاء الله تعالى قال ولا تسقط الشفعة ولا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب عند ابي حنيفة
وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله ان تركها شهرا بعد الاشهاد بطلت وهو قول
زفر معناه اذا تركها من غير عذر وعن ابي يوسف رحمه الله اذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس
القاضي تبطل شفعته لانه اذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم فيه اختيارا دل ذلك
على اعراضه وتسليمه وجه قول محمد رحمه الله انه لو لم يسقط بتأخير الخصومة ابدا يتضرر به المشتري لانه
لا يمكنه التصرف حذار نقضه من جهة الشفيع فقدرناه بشهر لانه آجل وما دونه عاجل
على ما مر في الايمان بتوفيق الله تعالى ووجه قول ابي حنيفة رحمه الله وهو ظاهر المذهب
وعليه الفتوى ان الحق متى ثبت واستقر لا يسقط الا باسقاطه وهو بالتصريح
بلسانه كما في سائر الحقوق وما ذكر من الضرر يشكل بما اذا كان غائبا ولا فرق
في حق المشتري بين الحضر والسفر ولو علم انه لم يكن في البلدة قاض لا تبطل شفعته
بالتأخير بالاتفاق لانه لا يتمكن من الخصومة الا عند القاضي فكان عذرا قال
واذا تقدم الشفيع الى القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعة سأل القاضي المدعى عليه
فان اعترف بملكه الذي يشفع به والا كلفه اقامة البينة لان اليد ظاهر محتمل فلا تكفي لاثبات
الاستحقاق قال رضي الله عنه يسأل القاضي المدعي قبل ان يقبل على المدعى عليه عن موضع
الدار وحدودها لانه ادعى حقا فيها فصار كما اذا ادعى رقبتها واذا بين ذلك
يسأله عن سبب شفعته لاختلاف اسبابها فان قال انا شفيعها بدار لي تلاصقها
الآن تم دعواه على ما قاله الخصاف وذكر في الفتاوى تحديد هذه الدار التي يشفع
بها ايضا وقد بيناه في كتابنا الموسوم بالتجنيس والمزيد قال فان عجز عن البينة استحلف
المشتري بالله ما يعلم انه مالك للذي ذكره مما يشفع به معناه بطلب الشفيع لانه ادعى عليه
معنى لو اقر به يلزمه ثم هو استحلاف على ما في يد غيره فيحلف على العلم فان نكل او قامت

للشفيع بينة ثبت ملكه في الدار التي بها يشفع وثبت الجوار فبعد ذلك يسأله القاضي
يعني المدعى عليه هل ابتاع ام لا فان انكر الابتياع قيل للشفيع اقم البينة لان الشفعة
لا تجب الا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجة قال فان عجز عنها استحلف المشتري
بالله ما ابتاع او بالله ما استحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره فهذا
على الحاصل والاول على السبب وقد استوفينا الكلام فيه في الدعوى وذكرنا
الاختلاف بتوفيق الله تعالى وانما يحلفه على البتات لانه استحلاف على فعل نفسه وعلى ما
في يده اصالة وفي مثله يحلف على البتات قال وتجوز المنازعة في الشفعة وان لم يحضر
الشفيع الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضى القاضي بالشفعة لزمه احضار الثمن وهذا ظاهر رواية
الاصل وعن محمد رح انه لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح
لان الشفيع عساه يكون مفلسا فيتوقف القضاء على احضاره حتى لا يتوى مال
المشتري وجه الظاهر انه لا ثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه فكذا
لا يشترط احضاره فاذا قضى له بالدار فللمشتري ان يحبسه حتى يستوفي الثمن وينفذ
القضاء عند محمد رح ايضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه فلو اخر
اداء الثمن بعد ما قال له ادفع الثمن اليه لا تبطل شفعته لانها تأكدت
بالخصومة عند القاضي قال وان احضر الشفيع البائع والمبيع في يده فله ان
يخاصمه في الشفعة لان اليد له وهي يد مستحقة ولا يسمع القاضي البينة حتى يحضر
المشتري فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضي بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه
لان الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضي بهما للشفيع فلا بد من حضورهما بخلاف
ما اذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر حضور البائع اذ لا يبقى له يد ولا ملك
وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه اشارة الى علة اخرى وهي ان البيع في حق
المشتري اذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضي بالفسخ عليه ثم وجه هذا الفسخ المذكور
ان ينفسخ في حق الاضافة لامتناع قبض المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ
الا انه يبقى اصل البيع لتعذر انفساخه لان الشفعة بناء عليه ولكنه يتحول الصفقة
اليه ويصير كأنه هو المشتري منه فلهذا يرجع بالعهدة على البائع بخلاف ما اذا قبضه
المشتري فاخذه من يده حيث تكون العهدة عليه لانه تم ملكه بالقبض وفي الوجه الاول

امتنع

امتنع بقبض المشتري وانه يوجب الفسخ وقد طولنا الكلام في كتاب كفاية المنتهي
بتوفيق الله تعالى ومن اشترى دارا لغيره فهو الخصم للشفيع لانه هو العاقد والاخذ
بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه قال الا ان يسلمها الى الموكل لانه لم يبق
له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل وهذا لان الوكيل كالبائع من الموكل على ما
عرف فتسليمه اليه كتسليم البائع الى المشتري فتصير الخصومة معه الا انه مع ذلك قائم
مقام الموكل فيكتفى بحضوره في الخصومة قبل التسليم وكذلك اذا كان البائع وكيلا
للغائب فللشفيع ان يأخذها منه اذا كانت في يده لانه عاقد وكذا اذا كان البائع
وصيا لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا قال واذا قضي للشفيع بالدار ولم يكن رآها فله خيار الرؤية وان وجد
بها عيبا فله ان يردها وان كان المشتري شرط البراءة منه لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء الا ترى
انه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخياران كما في الشراء ولا يسقط بشرط البراءة من المشتري
ولا برؤيته لانه ليس بنائب عنه فلا يملك اسقاطه فصل في الاختلاف قال واذا اختلف
الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري لان الشفيع يدعي استحقاق الدار عليه عند نقد
الاقل وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان لان الشفيع ان كان يدعي
عليه استحقاق الدار فالمشتري لا يدعي عليه شيئا لتخيره بين الاخذ والترك ولا نص ههنا
فلا يتحالفان ولو اقاما البينة فالبينة بينة الشفيع عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
رح البينة بينة المشتري لانها اكثر اثباتا فصار كبينة البائع والوكيل والمشتري
من العدو ولهما انه لا تنافي فيجعل كأن الموجود بيعان وللشفيع ان يأخذ بايهما شاء
وهذا بخلاف البائع مع المشتري لانه لا يتوالى بينهما عقدان الا بانفساخ الاول وههنا
الفسخ لا يظهر في حق الشفيع وهو التخريج لبينة الوكيل لانه كالبائع والموكل كالمشتري منه
كيف وانها ممنوعة على ما روي عن محمد رح واما المشتري من العدو فقلنا ذكر في السير الكبير
البينة بينة المالك القديم فلنا ان نمنع وبعد التسليم نقول لا يصح الثاني ههنا الا بفسخ الاول
اما ههنا بخلافه ولان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة والبينات للالزام قال
واذا ادعى المشتري ثمنا وادعى البائع اقل منه ولم يقبض الثمن اخذها الشفيع بما قال البائع
وكان ذلك حطا عن المشتري وهذا لان الامر ان كان على ما قال البائع فقد وجبت الشفعة
به وان كان على ما قال المشتري فقد حط البائع بعض الثمن وهذا الحط يظهر في حق الشفيع

على ما نبين ولان التملك على البائع بايجابه فكان القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطالبته
فيأخذ الشفيع بقوله ولو ادعى البائع الاكثر يتحالفان ويترادان وايهما نكل ظهر ان الثمن ما يقوله
الآخر فيأخذها الشفيع بذلك وان حلفا يفسخ القاضي البيع على ما عرف ويأخذها الشفيع بقول
البائع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع قال وان كان قبض الثمن اخذ بما قال المشتري ان شاء
ولم يلتفت الى قول البائع لانه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد وخرج هو من البين وصار كالاجنبي
وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع وقد بيناه ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البائع بعت
الدار بالف وقبضت الثمن يأخذها الشفيع بالالف لانه لما بدأ بالاقرار بالبيع تعلقت الشفعة به
فبقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد به اسقاط حق الشفيع فيرد عليه ولو قال قبضت الثمن وهو الف
لم يلتفت الى قوله لانه بالاول وهو الاقرار بقبض الثمن خرج من البين وسقط اعتبار قوله في مقدار
الثمن فصل فيما يؤخذ به المشفوع قال واذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن سقط ذلك عن الشفيع
لان حط بعض الثمن يلتحق باصل العقد فيظهر في حق الشفيع لان الثمن ما بقي وكذا اذا حط بعد ما اخذها
الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع عليه بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق باصل العقد
بحال وقد بيناه في البيوع بتوفيق الله تعالى وان زاد المشتري البائع لم تلزم الزيادة الشفيع لان في
اعتبار الزيادة ضررا بالشفيع لاستحقاقه الاخذ بما دونها بخلاف الحط لان فيه منفعة له
ونظير الزيادة اذا جدد العقد باكثر من الثمن لم يلزم الشفيع حتى كان له ان يأخذها بالثمن الاول لما بينا كذا
هذا قال ومن اشترى دارا بعرض اخذها الشفيع بقيمته لانه من ذوات القيم وان اشتراها
بمكيل او موزون اخذها بمثله لانه من ذوات الامثال وهذا لان الشرع اثبت للشفيع ولاية
التملك على المشتري بمثل ما تملكه فيراعى بالقدر الممكن كما في الاتلاف والعددي المتقارب من ذوات
الامثال وان باع عقارا بعقار اخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر لانه بدله وهو من ذوات
القيم فيأخذه بقيمته قال واذا باع بثمن مؤجل فللشفيع الخيار ان شاء اخذها بثمن حال
وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل ثم يأخذها وليس له ان يأخذها في الحال بثمن مؤجل
وقال زفر رح له ذلك وهو قول الشافعي رح في القديم لان كونه مؤجلا وصف في الثمن
كالزيافة والاخذ بالشفعة به فيأخذه باصله ووصفه كما في الزيوف ولنا ان الاجل انما يثبت بالشرط
ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع او المبتاع وليس الرضا به في حق المشتري رضا به في حق
الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة وليس الاجل وصف الثمن لانه حق المشتري ولو كان
وصفا له لتبعه فيكون حقا للبائع كالثمن وصار كما اذا اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم

ثم ولاه

ثم ولاه غيره لا يثبت الاجل الا بالذكر كذا هذا ثم ان اخذها بثمن حال من البائع سقط
الثمن عن المشتري لما بينا من قبل وان اخذها من المشتري بثمن مؤجل كما كان لان الشرط
الذي جرى بينهما لم يبطل باخذ الشفيع فبقي موجبه فصار كما اذا باعه بثمن حال وقد اشتراه
مؤجلا وان اختار الانتظار له ذلك لان له ان لا يلتزم زيادة الضرر من حيث النقد
وقوله في الكتاب وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل مراده الصبر عن الاخذ اما الطلب عليه
في الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفعته عند ابي حنيفة ومحمد رح خلافا لابي يوسف رح في قوله الآخر
لان حق الشفعة انما يثبت بالبيع والاخذ يتراخى عن الطلب وهو متمكن من الاخذ في الحال
بان يؤدي الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع قال واذا اشترى ذمي دارا بخمر
او خنزير وشفيعها ذمي اخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير لان هذا البيع مقضي بالصحة فيما بينهم
وحق الشفعة يعم المسلم والذمي والخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة فيأخذ الاول بالمثل
والثاني بالقيمة قال وان كان شفيعها مسلما اخذها بقيمة الخمر والخنزير اما الخنزير فظاهر
وكذا الخمر لامتناع التسليم والتسلم في حق المسلم فالتحق بغير المثلي وان كان شفيعها
مسلما وذميا اخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر والذمي نصفها بنصف مثل الخمر اعتبارا
للبعض بالكل فلو اسلم الذمي اخذها بنصف قيمة الخمر لعجزه عن تمليك الخمر وبالاسلام
يتأكد حقه لا ان يبطل فصار كما اذا اشتراها بكر من رطب فحضر الشفيع بعد انقطاعه يأخذها
بقيمة الرطب كذا هذا فصل واذا بنى المشتري فيها او غرس ثم قضي للشفيع بالشفعة فهو بالخيار
ان شاء اخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشتري قلعه وعن ابي يوسف رح
انه لا يكلفه القلع ويخير بين ان يأخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين ان يترك وبه قال الشافعي رح
الا ان عنده له ان يقلع ويعطي قيمة البناء لابي يوسف رح انه محق في البناء لانه بناه على ان الدار
ملكه والتكليف بالقلع من احكام العدوان وصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسدا وكما اذا زرع
المشتري فانه لا يكلف القلع وهذا لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع اعلى الضررين بتحمل الادنى
فيصار اليه ووجه ظاهر الرواية انه بنى في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض
كالراهن اذا بنى في المرهون وهذا لان حقه اقوى من حق المشتري لانه يتقدم عليه ولهذا ينقض
بيعه وهبته وغيره من تصرفاته بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد عند ابي حنيفة رح لانه حصل بتسليط
من جهة من له الحق ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى

فلا معنى لايجاب القيمة كما في الاستحقاق والزرع يقلع قياسا وانما لا يقلع استحسانا لان له نهاية معلومة
ويبقى بالاجر وليس فيه كثير الضرر وان اخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه في الغصب ولو اخذها الشفيع
وبنى فيها او غرس ثم استحقت رجع بالثمن لانه تبين انه اخذه بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء والغرس
لا على البايع ان اخذها منه ولا على المشتري ان اخذها منه وعن ابي يوسف رح انه يرجع عليه لانه متملك
عليه فنزلا منزلة البايع والمشتري والفرق على ما هو المشهور ان المشتري مغرور من جهة البايع ومسلط
عليه ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه قال واذا انهدمت الدار او احترق
بناؤها او جف شجر البستان بغير فعل احد فالشفيع بالخيار ان شاء اخذها بجميع الثمن لان البناء والغرس
تابع حتى دخلا في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن ما لم يصر مقصودا ولهذا يبيعها مرابحة
بكل الثمن في هذه الصورة بخلاف ما اذا غرق نصف الارض حيث يأخذ الباقي بحصته لان
الفائت بعض الاصل قال وان شاء ترك لان له ان يمتنع عن تملك الدار بماله قال
وان نقض المشتري البناء قيل للشفيع ان شئت فخذ العرصة بحصتها وان شئت فدع لانه
صار مقصودا بالاتلاف فيقابله شيء من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك بآفة سماوية
فليس للشفيع ان يأخذ النقض لانه صار مفصولا فلم يبق تبعا قال ومن ابتاع ارضا
وعلى نخلها ثمر اخذها الشفيع بثمرها ومعناه اذا ذكر الثمر في البيع لانه لا يدخل من غير ذكر وهذا الذي
ذكره استحسان وفي القياس لا يأخذه لانه ليس بتبع الا يرى انه لا يدخل في البيع من
غير ذكر فاشبه المتاع في الدار وجه الاستحسان انه باعتبار الاتصال صار تبعا
للعقار كالبناء في الدار وما كان مركبا فيه فيأخذه الشفيع قال وكذلك ان ابتاعها
وليس على النخل ثمر فاثمر في يد المشتري يعني يأخذه الشفيع لانه مبيع تبعا لان
البيع سرى اليه على ما عرف في ولد المبيعة فان جذه المشتري ثم جاء الشفيع لا يأخذ
الثمر في الفصلين جميعا لانه لم يبق تبعا للعقار وقت الاخذ حيث يصير مفصولا عنه
فلا يأخذه قال في الكتاب فان جذه المشتري سقط عن الشفيع حصته من الثمن قال رضي الله
عنه وهذا جواب الفصل الاول لانه دخل في البيع مقصودا فيقابله شيء من الثمن اما في الفصل
الثاني يأخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن لان الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يكون مبيعا الا تبعا
فلا يقابله شيء من الثمن والله اعلم باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب قال الشفعة
واجبة في العقار وان كان مما لا يقسم وقال الشافعي رح لا شفعة فيما لا يقسم لان الشفعة

انما وجبت

انما وجبت دفعا لمؤنة القسمة وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم ولنا قوله عليه السلام الشفعة في كل
شيء عقار او ربع الى غير ذلك من العمومات ولان الشفعة سببها الاتصال في الملك والحكمة
دفع ضرر سوء الجوار على ما مر وانه ينتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم وهو الحمام والرحى والبئر
والطريق قال ولا شفعة في العروض والسفن لقوله عليه السلام لا شفعة الا في ربع او حائط
وهو حجة على مالك رح في ايجابها في السفن ولان الشفعة انما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار
على الدوام والملك في المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار فلا يلحق به وفي بعض
نسخ المختصر لا شفعة في البناء والنخل اذا بيعت دون العرصة وهو صحيح مذكور في الاصل
لانه لا قرار له فكان نقليا وهذا بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في السفل
اذا لم يكن طريق العلو فيه لانه بما له من حق القرار التحق بالعقار قال والمسلم والذمي في الشفعة
سواء للعمومات ولانهما يستويان في السبب والحكمة فيستويان في الاستحقاق ولهذا
يستوي فيه الذكر والانثى والصغير والكبير والباغي والعادل والحر والعبد قال واذا
ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لانه امكن مراعاة الشرع فيه وهو التملك
بمثل ما يملك به المشتري صورة او قيمة على ما مر قال ولا شفعة في دار يتزوج الرجل
عليها او يخالع المرأة بها او يستأجر بها دارا او غيرها او يصالح بها عن دم عمد او
يعتق عليها عبدا لان الشفعة عندنا انما تجب في مبادلة المال بالمال لما بينا وهذه الاعواض
ليست باموال فايجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع وعند
الشافعي رح تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فامكن الاخذ بقيمتها
ان تعذر بمثلها كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها رأسا وقوله يتأتى
فيما اذا جعل شقصا من دار مهرا او ما يضاهيه لانه لا شفعة عنده الا فيه ونحن
نقول ان تقوم منافع البضع في النكاح وغيرها بعقد الاجارة ضروري فلا يظهر في حق
الشفعة وكذا الدم والعتق غير متقوم لان القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص
المطلوب ولا يتحقق فيهما وعلى هذا اذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهرا لانه بمنزلة
المفروض في العقد في كونه مقابلا بالبضع بخلاف ما اذا باعها بمهر المثل او بالمسمى
لانه مبادلة مال بمال ولو تزوجها على دار على ان ترد عليه الفا فلا شفعة في جميع الدار
عند ابي حنيفة رح وقالا تجب في حصة الالف لانه مبادلة مالية في حقه

معنى البيع فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظة النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة
في الاصل فكذا في التبع ولان الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة حتى
ان المضاربة اذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة لكونه تابعا
فيه قال او يصالح عليها بانكار فان صالح عليها باقرار وجبت الشفعة قال
رحمه الله هكذا ذكر في اكثر نسخ المختصر والصحيح او يصالح عنها بانكار مكان قوله عليها
لانه اذا صالح عنها بانكار بقي الدار في يده فيزعم انها لم تزل عن ملكه وكذا اذا
صالح عنها بسكوت لانه يحتمل انه بذل المال افتداء ليمينه وقطعا لشغب خصمه كما اذا
انكر صريحا بخلاف ما اذا صالح عنها باقرار لانه معترف بالملك للمدعي وانما استفاده
بالصلح فكان مبادلة مالية اما اذا صالح عليها باقرار او سكوت او انكار وجبت
الشفعة في جميع ذلك لانه اخذها عوضا عن حقه في زعمه اذا لم يكن من جنسه فيعامل
بزعمه قال ولا شفعة في الهبة لما ذكرنا الا ان تكون بعوض مشروط لانه بيع انتهاء ولا بد
من القبض ولا يكون الموهوب ولا عوضه شايعا اذ الشيوع يمنع لانه هبة
ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة بخلاف اذا لم يكن العوض مشروطا في العقد لان
كل واحد منهما هبة مطلقة الا انه اثيب منها فامتنع الرجوع قال ومن باع بشرط الخيار
فلا شفعة للشفيع لانه يمنع زوال الملك عن البائع فان اسقط الخيار وجبت الشفعة لانه زال
المانع عن الزوال ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لان البيع يصير سببا لزوال الملك
عند ذلك وان اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة لانه لا يمنع زوال الملك عن البائع
بالاتفاق والشفعة تبتني عليه على ما مر واذا اخذها في الثلاث وجب البيع لعجز المشتري
عن الرد ولا خيار للشفيع لانه يثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع وان بيعت
دار الى جنبها والخيار لاحدهما فله الاخذ بالشفعة اما البائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها
وكذا اذا كان للمشتري وفيه اشكال اوضحناه في البيوع فاذا اخذها كان
اجازة منه للبيع بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره باخذ ما بيع بجنبها
بالشفعة لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الابطال فكيف بدلالته ثم اذا حضر الشفيع الدار
الاولى له ان ياخذها دون الثانية لانعدام ملكه في الاولى حين بيعت الثانية
قال ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها اما قبل القبض فلعدم زوال ملك

البائع

البائع وبعد القبض لاحتمال الفسخ وحق الفسخ ثابت بالشرع لرفع الفساد وفي اثبات
حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح لانه صار
اخص به تصرفا وفي البيع الفاسد ممنوع عنه قال فان سقط حق الفسخ وجبت الشفعة لزوال المانع
وان بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فله الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشتري
فهو شفيعها لان الملك له ثم ان سلم البائع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعته كما اذا باع بخلاف
ما اذا استردها بعده لان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط فبقي الماخوذة
بالشفعة على ملكه وان استردها البائع من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت لانقطاع
ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة وان استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه
لما بينا قال واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة
فيها معنى الافراز ولهذا يجري فيها الجبر والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة
قال واذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية او
شرط او بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم
ملكه والشفعة في انشاء العقد ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه وان ردها بعيب
بغير قضاء او تقايلا البيع فللشفيع الشفعة لانه فسخ في حقهما لولايتهما على انفسهما
وقد قصدا الفسخ وبيع جديد في حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال
بالتراضي والشفيع ثالث ومراده الرد بالعيب بعد القبض لانه قبله فسخ من الاصل وان
كان بغير قضاء على ما عرف وفي الجامع الصغير ولا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية وهو
بكسر الراء ومعناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية لما بيناه ولا يصح الرواية بالفتح
عطفا على الشفعة لان الرواية محفوظة في كتاب القسمة انه يثبت في القسمة خيار
الرؤية وخيار الشرط لانهما يثبتان لخلل في الرضا فيما يتعلق لزومه بالرضا
وهذا موجود في القسمة

باب ما يبطل به الشفعة

قال واذا ترك الشفيع الاشهاد
حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لاعراضه عن الطلب وهذا
لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة وكذلك ان اشهد
في المجلس ولم يشهد على احد المتعاقدين ولا عند العقار وقد اوضحناه فيما تقدم
قال وان صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض لان حق الشفعة

ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق
اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط وكذا
لو باع شفعته بمال لما بينا بخلاف القصاص لانه حق متقرر وبخلاف الطلاق والعتاق
لانه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره اذا قال للمخيرة اختاريني بالف او قال العنين
لامرأته اختاري ترك الفسخ باختياره سقط الخيار ولا يثبت العوض والكفالة
بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية وفي الاخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال وقيل
هذه رواية في الشفعة وقيل هي في الكفالة خاصة وقد عرف في موضعه قال واذا مات
الشفيع بطلت شفعته وقال الشافعي رح تورث عنه قال رضي الله عنه معناه اذا مات بعد
البيع قبل القضاء بالشفعة اما اذا مات بعد قضاء القاضي قبل نقد الثمن وقبضه فالبيع
وقبضه فالبيع لازم لورثته وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط وقد قررناه في البيوع ولانه بالموت
يزول ملكه عن داره ويثبت للوارث الملك بعد البيع وقيامه وقت البيع وبقاؤه للشفيع
الى وقت القضاء شرط فلا يستوجب الشفعة بدونه وان مات المشتري لم تبطل لان المستحق
باق ولم يتغير سبب حقه ولا يباع في دين المشتري ووصيته ولو باعه القاضي او الوصي
او اوصى المشتري فيها بوصية فللشفيع ان يبطله ويأخذ الدار لتقدم حقه ولهذا ينقض
تصرفه في حيوته قال واذا باع الشفيع ما يشفع به قبل ان يقضى له بالشفعة بطلت شفعته
لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك وهو الاتصال بملكه ولهذا يزول به وان لم يعلم
بشراء المشفوعة كما اذا سلم صريحا او ابرأ عن الدين وهو لا يعلم وهذا بخلاف ما اذا باع
الشفيع داره بشرط الخيار له لانه يمنع الزوال فيبقى الاتصال قال ووكيل البائع اذا باع وهو
الشفيع فلا شفعة له ووكيل المشتري اذا ابتاع فله الشفعة والاصل ان من باع او بيع له فلا
شفعة له ومن اشترى او ابتيع له فله الشفعة لان الاول بأخذ المشفوعة يسعى في نقض ما تم
من جهته وهو البيع والمشتري لا ينقض شراؤه بالاخذ بالشفعة لانه مثل الشراء وكذلك
لو ضمن الدرك عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له وكذا اذا باع وشرط الخيار لغيره
فامضى المشروط له الخيار البيع وهو الشفيع فلا شفعة له لان البيع تم بامضائه بخلاف جانب
المشروط له الخيار من جانب المشتري قال واذا بلغ الشفيع انها بيعت بالف درهم او اكثر فتسليمه
باطل وله الشفعة لانه انما سلم لاستكثار الثمن في الاول او لتعذر الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع

فسلم ثم علم انها بيعت باقل او بحنطة او شعير قيمتها الف صح

في الثاني اذ الجنس مختلف وكذا كل مكيل او موزون او عددي متقارب بخلاف ما اذا علم انها
بيعت بعرض قيمته الف او اكثر لان الواجب فيه القيمة وهي دراهم او دنانير وان بان انها بيعت
بدنانير قيمتها الف فلا شفعة له وكذا اذا كانت اكثر وقال زفر رح له الشفعة لاختلاف الجنس ولنا
ان الجنس متحد في حق الثمنية قال واذا قيل له ان المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم انه غيره فله
الشفعة لتفاوت الجوار ولو علم ان المشتري هو مع غيره فله ان يأخذ نصيب غيره لان التسليم
لم يوجد في حقه ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم ظهر شراء الجميع فله الشفعة لان التسليم لضرر
الشركة ولا شركة وفي عكسه لا شفعة في ظاهر الرواية لان التسليم في الكل تسليم في ابعاضه
فصل واذا باع دارا الا مقدار ذراع في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له لانقطاع
الجوار وهذه حيلة وكذا اذا وهب منه هذا المقدار وسلمه لما بينا قال وان ابتاع
منها سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم الاول دون الثاني لان الشفيع جار
فيهما الا ان المشتري في الثاني شريك فيتقدم عليه فان اراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن
دون الثوب الا درهما مثلا والباقي بالباقي وان ابتاعها بثمن ثم دفع اليه ثوبا عنه
لانه عقد آخر والثمن هو العوض عن الدار قال رضي الله عنه وهذه اخرى تعم الجوار والشركة
فيباع باضعاف قيمته ويعطى بها ثوب بقدر قيمته الا انه لو استحقت المشفوعة يبقى كل الثمن
على مشتري الثوب لقيام البيع الثاني فيتضرر به والاوجه ان يباع بالدراهم الثمن دينار
حتى اذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير قال ولا تكره الحيلة في اسقاط
الشفعة عند ابي يوسف رح وتكره عند محمد رح لان الشفعة انما وجبت لدفع الضرر ولو
ابحنا الحيلة ما دفعناه ولابي يوسف رح انه منع عن اثبات الحق فلا يعد ضررا وعلى هذا الخلاف
الحيلة في اسقاط الزكوة مسائل متفرقة قال وان اشترى خمسة نفر دارا من رجل فللشفيع ان
يأخذ نصيب احدهم وان اشتراها رجل من خمسة اخذها كلها او تركها والفرق ان في الوجه
الثاني بأخذ البعض يتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر وفي الوجه الاول
يقوم الشفيع مقام احدهم فلا تتفرق الصفقة ولا فرق في هذا بينما قبل القبض وبعده
هو الصحيح الا ان قبل القبض لا يمكنه اخذ نصيب احدهم اذا نقد عليه ما لم ينقد الآخر حصته
كيلا يؤدي الى تفريق اليد على البائع بمنزلة احد المشترين بخلاف ما بعد القبض لانه سقطت
يد البائع وسواء سمى لكل بعض ثمنا او كان الثمن جملة لان العبرة في هذا لتفرق الصفقة

لا للثمن وبهذا تبين لغات ما ذكرنا في كفاية المنتهى قال ومن اشترى نصف دار غير مقسوم
فقاسم البائع أخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري أو يدع لأن القسمة من تمام القبض
لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض بالقسمة في الهبة والشفيع لا ينقض القبض وإن كان
له فيه نفع بعود العهدة على البائع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما إذا باع أحد الشريكين
نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري فلم يكن القسم من تمام القبض الذي هو حكم العقد بل
هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته ثم إطلاق الجواب في الكتاب
يدل على أن الشفيع يأخذ النصف الذي صار للمشتري في أي جانب كان وهو المروي
عن أبي يوسف رحمه الله لأن المشتري لا يملك إبطال حقه بالقسمة وعن أبي حنيفة رحمه الله
أنه إنما يأخذه إذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لأنه لا يبقى جارا فيما يقع في الجانب
الآخر ومن باع دارا وله عبد مأذون وعليه دين فله الشفعة وكذا إذا كان العبد هو البائع
فلمولاه الشفعة لأن الأخذ بالشفعة تملك بالثمن فينزل منزلة الشراء وهذا لأنه مفيد لأنه
يتصرف للغرماء بخلاف ما إذا لم يكن عليه دين لأنه يبيعه لمولاه ولا شفعة لمن بيع له قال
وتسليم الأب والوصي الشفعة على الصغير جائز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال
محمد وزفر رحمهما الله هو على شفعته إذا بلغ قالوا وعلى هذا الخلاف إذا بلغهما شراء دار
بجوار دار الصبي فلم يطلبا وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب
الوكالة وهو الصحيح لمحمد وزفر رحمهما الله أنه حق ثابت للصغير فلا يملكان إبطاله كديته وقوده
ولأنه شرع لدفع الضرر فكان إبطاله إضرارا به ولهما أنه في معنى التجارة فيملكان
تركه ألا ترى أن من أوجب بيعا للصبي صح رده من الأب والوصي ولأنه دائر
بين النفع والضرر وقد يكون النظر في تركه ليبقى الثمن على ملكه والولاية نظرية فيملكانه
وسكوتهما كإبطالهما لكونه دليل الإعراض وهذا إذا بيعت بمثل قيمتها فإن بيعت
بأكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه قيل جاز التسليم بالإجماع لأنه تمحض نظرا وقيل
لا يصح بالاتفاق لأنه لا يملك الأخذ فلا يملك التسليم كالأجنبي وإن بيعت بأقل من قيمتها
محاباة كثيرة فعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يصح التسليم منهما ولا رواية عن أبي يوسف رحمه الله

كتاب القسمة قال القسمة في الأعيان المشتركة مشروعة لأن النبي عليه السلام باشرها
في المغانم والمواريث وجرى التوارث بها من غير نكير ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة

لان

الذي لم يبع حينئذ يكون للشفيع نقضه لأن العقد ما وقع مع الذي قاسم صح

لأن ما يجتمع لأحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو يأخذه عوضا عما بقي من حقه
في نصيب صاحبه فكان مبادلة وإفرازا والإفراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات
لعدم التفاوت حتى كان لأحدهما أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشترياه
فاقتسماه يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بنصف الثمن ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات
والعروض للتفاوت حتى لا يكون لأحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترياه فاقتسماه
لا يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة إلا أنها إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة
عند طلب أحد الشركاء لأن فيه معنى الإفراز لتقارب المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين
وهذا لأن أحدهم بطلب القسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع
بملكه فيجب على القاضي إجابته وإن كانت أجناسا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر
المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد ولو تراضوا عليها جاز لأن الحق لهم قال وينبغي
للقاضي أن ينصب قاسما يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس بغير أجر لأن القسمة
من جنس عمل القضاء من حيث أنه يتم به قطع المنازعة فأشبه رزق القاضي ولأن منفعة نصب
القاسم تعم العامة فتكون كفايته في مالهم غرما بالغنم قال فإن لم يفعل نصب قاسما يقسم بالأجر
معناه بأجر على المتقاسمين لأن النفع لهم على الخصوص فيقدر أجر مثله كيلا يتحكم بالزيادة والأفضل
أن يرزقه من بيت المال لأنه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة ويجب أن يكون عدلا
مأمونا عالما بالقسمة لأنه من جنس عمل القضاء ولأنه لا بد من القدرة وهي بالعلم ومن الاعتماد
على قوله وهو بالأمانة ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد معناه لا يجبرهم على أن يستأجروه
لأنه لا جبر على العقود ولأنه لو تعين لتحكم بالزيادة على أجر مثله ولو اصطلحوا فاقتسموا
جاز إلا إذا كان فيهم صغير فيحتاج إلى أمر القاضي لأنه لا ولاية لهم عليه ولا يترك القسام
يشتركون في الأجرة كيلا تصير الأجرة غالية بتواكلهم وعند عدم الشركة يتبادر كل
منهم إليه خيفة الفوت فيرخص الأجر وأجرة القسمة على عدد الرؤوس عند أبي حنيفة رحمه الله
وقالا على قدر الأنصباء لأنه مؤنة الملك فيتقدر بقدره كأجرة الكيال والوزان وحفر
البئر المشتركة ونفقة المملوك المشترك ولأبي حنيفة رحمه الله أن الأجر مقابل بالتمييز وأنه
لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر إلى القليل وقد ينعكس الأمر فيتعذر اعتباره فيتعلق
الحكم بأصل التمييز بخلاف حفر البئر لأن الأجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت والكيل

والوزن ان كان للقسمة قيل هي على الخلاف وان لم يكن للقسمة فالاجر مقابل
بعمل الكيل والوزن وهو متفاوت وهو العذر لو اطلق ولا يفصل وعنه انه على الطالب
دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع قال واذا حضر الشركاء عند القاضي وفي ايديهم دار او
ضيعة وادعوا انهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي عند ابي حنيفة رحمه الله حتى يقيموا البينة على موته
وعدد ورثته وقال صاحباه يقسمها باعترافهم ويذكر في كتاب القسمة انه قسمها بقولهم
وان كان المال المشترك ما سوى العقار وادعوا انه ميراث قسمه في قولهم جميعا ولو ادعوا
في العقار انهم اشتروه قسمه بينهم لهما ان اليد دليل الملك والاقرار امارة الصدق ولا منازع
لهم فيقسم بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشترى وهذا لانه لا منكر ولا بينة الا على المنكر
فلا يفيد الا انه يذكر في كتاب القسمة انه قسمها باقرارهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم وله ان القسمة
قضاء على الميت اذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة تنفذ وصاياه
فيها ويقضى ديونه منها بخلاف ما بعد القسمة واذا كانت قضاء على الميت فالاقرار ليس بحجة
عليه فلا بد من البينة وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث ولا يمتنع ذلك
باقراره كما في الوارث او الوصي المقر بالدين فانه تقبل البينة عليه مع اقراره بخلاف المنقول
لان في القسمة نظرا للحاجة الى الحفظ اما العقار فمحصن بنفسه ولان المنقول مضمون
على من وقع في يده ولا كذلك العقار عنده وبخلاف المشترى لان المبيع لا يبقى
على ملك البائع وان لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير وان ادعوا الملك
ولم يذكروا كيف انتقل قسمه بينهم لانه ليس في القسمة قضاء على الغير فانهم ما اقروا
بالملك لغيرهم قال رضي الله عنه وهذه رواية كتاب القسمة وفي الجامع الصغير ارض
ادعاها رجلان واقاما البينة انها في ايديهما وارادا القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة
انها لهما لاحتمال ان يكون لغيرهما ثم قيل هو قول ابي حنيفة رحمه الله خاصة وقيل هو قول
الكل وهو الاصح لان قسمة الحفظ في العقار غير محتاج اليه وقسمة الملك تفتقر الى قيامه
ولا ملك فامتنع الجواز واذا حضر وارثان واقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة
والدار في ايديهم ومعهم وارث غائب قسمه القاضي بطلب الحاضرين وينصب وكيلا
يقبض نصيب الغائب وكذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصيا يقبض
نصيبه لان فيه نظرا للغائب والصبي ولا بد من اقامة البينة في هذه الصورة

عنده

عنده ايضا خلافا لهما كما ذكرنا من قبل ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة احدهم
والفرق ان ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب ويرد عليه بعيب
فيما اشتراه المورث ويصير مغرورا بشراء المورث فانتصب احدهما خصما عن الميت
فيما في يده والآخر عن نفسه فصار القسم قضاء بحضرة المتخاصمين اما الملك
الثابت بالشراء ملك مبتدأ ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب
فوضح الفرق وان كان العقار في يد الوارث الغائب او شيء منه لم يقسم وكذا
اذا كان في يد مودعه وكذا اذا كان في يد الصغير لان القسمة قضاء على الغائب
والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما وامين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه
والقضاء من غير خصم لا يجوز ولا فرق في هذا الفصل بين اقامة البينة وعدمها هو
الصحيح كما اطلق في الكتاب قال وان حضر وارث واحد لم يقسم وان اقام
البينة لانه لا بد من حضور خصمين لان الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما وكذا مقاسما
ومقاسما بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين على ما بينا ولو كان الحاضر كبيرا وصغيرا
نصب القاضي عن الصغير وصيا وقسم اذا اقيمت البينة وكذا اذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث
فيها وطلبا القسمة واقاما البينة على الميراث والوصية لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له
عن نفسه وكذا الوصي عن الصبي كانه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه

فصل فيما يقسم وما لا يقسم

قال واذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع
بنصيبه قسم بطلب احدهم لان القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب احدهم
على ما بيناه من قبل واذا كان ينتفع احدهم والآخر يستضر لقلة نصيبه
فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم لان الاول
منتفع به فاعتبر طلبه والثاني متعنت في طلبه فلم يعتبر وذكر الجصاص على قلب هذا
لان صاحب الكثير يريد الاضرار بغيره والآخر يرضى بضرر نفسه وذكر الحاكم الشهيد في مختصره
ان ايهما طلب القسمة يقسم القاضي والوجه اندرج فيما ذكرناه والاصح المذكور في الكتاب
وهو الاول وان كان كل واحد يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما لان الجبر على القسمة
لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها وتجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما اعرف بشانهما اما القاضي
فيعتمد الظاهر ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد لان عند اتحاد الجنس يتحد المقصود

فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة ولا يقسم الجنسين بعضهما في بعض لعدم الاختلاط
بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزاً بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي ويقسم
كل موزون ومكيل كثير او قليل والمعدود المتقارب وتبر الذهب والفضة وتبر الحديد
والنحاس والابل بانفرادها او البقر او الغنم ولا يقسم شاة وبعيرا وبرذونا وحمارا ولا يقسم
الاواني لانها باختلاف الصنعة التحقت بالاجناس المختلفة ويقسم الثياب الهروية لاتحاد
الصنف ولا يقسم ثوبا واحدا لاشتمال القسمة على الضرر اذ هي لا تتحقق الا بالقطع ولا ثوبين
اذا اختلفت قيمتهما لما بينا بخلاف ثلاثة اثواب اذا جعل ثوب بثوبين او ثوب
وربع ثوب بثوب وثلاثة ارباع ثوب لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز وقال ابو
حنيفة لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما وقالا يقسم الرقيق لاتحاد الجنس كما في الابل والغنم
ورقيق المغنم وله ان التفاوت في الادمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة فصار
كالجنس المختلف بخلاف الحيوانات لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس الا ترى ان الذكر والانثى من
بني آدم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد بخلاف المغانم لان حق الغانمين في المالية حتى كان
للامام بيعها وقسمة ثمنها وهنا يتعلق بالعين والمالية فافترقا واما الجواهر فقد قيل
اذا اختلف الجنس لا يقسم كاللآلي واليواقيت وقيل لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت
ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل يجري الجواب على اطلاقه لان جهالة الجواهر
افحش من جهالة الرقيق الا ترى انه لو تزوج على لؤلؤة او ياقوتة او خالع عليها
لا يصح التسمية ويصح على عبد فاولى ان لا يجبر على القسمة ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى
الا ان يتراضى الشركاء وكذا الحائط بين الدارين لانها تشتمل على الضرر في الطرفين اذ لا يبقى
كل نصيب منتفعا به انتفاعا مقصودا فلا يقسم القاضي بخلاف التراضي لما بينا واذا كانت
دور مشتركة في مصر واحد قسمت كل دار على حدتها في قول ابي حنيفة وقالا ان كان
الاصلح لهم قسم بعضها في بعض قسمها وعلى هذا الخلاف الاقرحة لهما انها جنس واحد اسما
وصورة نظرا الى اصل السكنى اجناس معنى نظرا الى اختلاف المقاصد ووجوه
السكنى فيفوض الترجيح الى القاضي وله ان الاعتبار للمعنى وهو المقصود ويختلف ذلك
باختلاف البلدان والمحال والجيران والقرب الى المسجد والماء اختلافا فاحشا
فلا يمكن التعديل في القسمة ولهذا لا يجوز التوكيل بشراء دار وكذا لو تزوج على دار لا يصح

التسمية كما هو الحكم فيهما في الثوب بخلاف الدار الواحدة اذا اختلفت بيوتها لان
في قسمة كل بيت على حدة ضررا فقسمت الدار قسمة واحدة قال رضي الله عنه تقييد الوضع
في الكتاب اشارة الى ان الدارين اذا كانتا في مصرين لا يجتمعان في القسم عندهما
وهو رواية هلال عنهما وعن محمد انه يقسم احدهما في الاخرى والبيوت في محلة
او محال تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيما بينهما يسير والمنازل المتلازقة كالبيوت
والمتباينة كالدور لانه بين الدار والبيت على ما مر من قبل فاخذ شبها من كل واحد
وان كانت دارا وضيعة او دارا وحانوتا قسم كل واحد منهما على حدته لاختلاف
الجنس قال رضي الله عنه جعل الحانوت والدار جنسين وكذا ذكر الخصاف وقال في اجارات
الاصل ان اجارة منافع الدار بمنافع الحانوت لا تجوز وهذا يدل على انهما جنس واحد
فيجعل في المسئلة روايتان او تبنى حرمة الربا هنالك على شبهة المجانسة فصل
في كيفية القسمة وينبغي للقاسم ان يصور ما يقسمه ليمكنه حفظه ويعدله يعني يسويه على
سهام القسمة ويروى يعزله اي يقطعه بالقسمة عن غيره ويذرعه ليعرف قدره ويقوم
البناء لحاجته اليه في الآخرة ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه حتى لا يكون
لنصيب بعضهم بنصيب البعض تعلق فتنقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة
على التمام ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ثم يخرج
القرعة فمن خرج اسمه اولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني
والاصل ان ينظر الى اقل الانصباء حتى اذا كان الاقل ثلثا جعلها اثلاثا
وان كان سدسا جعلها اسداسا لتمكن القسمة وقد شرحناه مشبعا في
كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى وقوله في الكتاب ويفرز كل نصيب عن الباقي
بطريقه وشربه بيان الافضل فان لم يفعل او لم يمكن جاز على ما نذكره
بتفصيله ان شاء الله تعالى والقرعة لتطييب القلوب وازاحة تهمة الميل حتى لو عين
لكل منهم نصيبا من غير اقتراع جاز لانه في معنى القضاء فيملك الالزام ولا يدخل
في القسمة الدراهم الا بتراضيهم لانه لا شركة في الدراهم والقسمة من حقوق الاشتراك
ولانه يفوت به التعديل في القسمة لان احدهما يصل الى عين العقار ودراهم الآخر في ذمته
ولعلها لا تسلم له واذا كان ارض وبناء فعن ابي يوسف انه يقسم كل ذلك على

لانه لا يمكن اعتبار المعادلة الا بالتقويم وعن ابي حنيفة رح انه يقسم الارض بالمساحة
لانه هو الاصل في الممسوحات ثم يرد من وقع البناء في نصيبه او من كان نصيبه اجود
دراهم على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية له في المال
ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزويج وعن محمد رح انه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه
من العرصة واذا بقي فضل ولا يمكن تحقيق التسوية بان لا تفي العرصة بقيمة البناء فحينئذ
يرد الفضل دراهم لان الضرورة في هذا القدر فلا يترك الاصل الا بها وهذا يوافق
رواية الاصل فان قسم بينهم ولاحدهم مسيل في نصيب الآخر او طريق لم يشترط في القسمة فان امكن صرف الطريق والمسيل عنه فليس له ان يستطرق ويسيل في نصيب
الآخر لانه امكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر وان لم يمكن فسخت القسمة لان القسمة
مختلة لبقاء الاختلاط فتستأنف بخلاف البيع حيث لا يفسد في هذه الصورة
لان المقصود منه تملك العين وانه يجامع تعذر الانتفاع في الحال اما القسمة لتكميل
المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق ولو ذكر الحقوق في الوجه الاول كذلك الجواب لان
معنى القسمة الافراز والتمييز وتمام ذلك بان لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الآخر
وقد امكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل الى غيره من غير ضرر فيصار اليه بخلاف البيع
اذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل لانه امكن تحقيق
معنى البيع وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره وفي الوجه الثاني يدخل فيها
لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتباره
وفيها معنى الافراز وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير
تنصيص بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود
الانتفاع وذلك لا يحصل الا بادخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر
ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم جعل على عرض باب الدار وطوله لان الحاجة تندفع به
والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة لان القسمة فيما وراء الطريق لا فيه ولو شرطوا
ان الطريق بينهما اثلاثا جاز وان كان اصل الدار نصفين لان القسمة على التفاوت
جائزة بالتراضي بينهما اثلاثا قال واذا كان سفل لا علو له وعلو لا سفل له وسفل له علو قوم
كل واحد على حدة وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك قال رضي الله عنه هذا عند محمد رح وقال ابو حنيفة رح وابو يوسف رح
يقسم بالذرع لمحمد رحمه الله ان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بئرا او سردابا او اصطبلا

في المبسوط ان كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم لتحقق الافراز بالكلية دونه وان كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم لتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا في مقداره صح

او غير

او اصطبلا او غير ذلك فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة وهما يقولان ان القسمة بالذرع
هي الاصل لان الشركة في المذروع لا في القيمة فيصار اليه ما امكن والمراعى التسوية
في السكنى لا في المرافق ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية القسمة بالذرع قال ابو حنيفة رحمه الله
ذراع من سفل بذراعين من علو وقال ابو يوسف رح ذراع بذراع قيل اجاب كل واحد
منهم على عادة اهل عصره او اهل بلده في تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل
مرة والعلو اخرى وقيل هو اختلاف معنى ووجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان منفعة السفل تربى على منفعة العلو
بضعفه لانها تبقى بعد فوات العلو ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفل وكذا السفل فيه منفعة البناء
والسكنى وفي العلو السكنى لا غير اذ لا يمكنه البناء على علوه الا برضا صاحب السفل فيعتبر ذراعان
منه بذراع من السفل ولابي يوسف رح ان المقصود اصل السكنى وهما يتساويان فيه
والمنفعتان متماثلتان لان لكل واحد منهما ان يفعل ما لا يضر بالآخر على اصله ولمحمد رحمه الله
ان المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة والفتوى
اليوم على قول محمد رحمه الله وقوله لا يفتقر الى التفسير وتفسير قول ابي حنيفة رح في مسئلة
الكتاب ان يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من البيت
الكامل لان العلو مثل نصف السفل فثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من السفل ستة وستون
وثلثان من العلو ومعه ثلاثة وثلثون وثلث ذراع من العلو فبلغت مائة ذراع فساوى
مائة من العلو المجرد ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون
وثلثا ذراع لان علوه مثل نصف سفله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا والسفل المجرد ستة وستون
وثلثان لانه ضعف العلو فيجعل بمقابلته مثله وتفسير قول ابي يوسف رحمه الله ان يجعل بازاء
خمسين ذراعا من البيت الكامل مائة ذراع من السفل المجرد او مائة ذراع من العلو المجرد لان
العلو والسفل عنده سواء فخمسون ذراعا من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفل
وخمسون منها علو واذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما قال
رضي الله عنه الذي ذكره قول ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا تقبل وهو قول
ابي يوسف اولا وبه قال الشافعي رح وذكر الخصاف قول محمد رح مع قولهما وقاسما القاضي
وغيرهما سواء لمحمد رح انهما شهدا على فعل انفسهما فلا تقبل كمن علق عتق عبده بفعل
غيره فشهد ذلك الغير على فعله ولهما انهما شهدا على فعل غيرهما وهو الاستيفاء

على منفعة العلو

والقبض لا على فعل انفسهما لان فعلهما التمييز ولا حاجة الى الشهادة عليه او لانه لا يصلح مشهودا به لما انه غير لازم وانما يلزمه بالقبض والاستيفاء وهو فعل الغير فيقبل شهادتهما عليه وقال الطحاوي رحمه الله اذا قسما باجر لا تقبل الشهادة بالاجماع واليه مال بعض المشايخ رحمهم الله لانهما يدعيان ايفاء عمل استؤجرا عليه وكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل الا انا نقول هما لا يجران بهذه الشهادة الى انفسهما مغنما لاتفاق الخصوم على ايفائهما العمل المستأجر عليه وهو التمييز وانما الاختلاف في الاستيفاء فانتفت التهمة ولو شهد قاسم واحد لا تقبل لان شهادة الفرد غير مقبولة على الغير ولو امر القاضي امينه بدفع المال الى الآخر يقبل قول الامين في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في الزام الآخر ان كان منكرا

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

واذا ادعى احدهم الغلط وزعم ان مما اصابه شيئا في يد صاحبه وقد اشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الا بحجة فان لم تقم له بينة استحلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل والمدعي فيقسم بينهما على قدر انصبائهما لان النكول حجة في حقه خاصة فيعاملان على قدر زعمهما قال رضي الله عنه ينبغي ان لا تقبل دعواه اصلا لتناقضه واليه اشار من بعد وان قال قد استوفيت حقي واخذت بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه لانه يدعي عليه الغصب وهو منكر وان قال اصابني الى موضع كذا فلم تسلمه الي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا في احكام التحالف فيما تقدم ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت اليه لانه دعوى الغبن ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي الا اذا كانت القسمة بقضاء القاضي والغبن فاحش لان تصرفه مقيد بالعدل ولو اقتسما دارا واصاب كل واحد طائفة فادعى احدهما بيتا في يد الآخر انه مما اصابه بالقسمة وانكر الآخر فعليه اقامة البينة لما قلنا وان اقاما البينة يؤخذ ببينة المدعي لانه خارج وبينة الخارج تترجح على بينة ذي اليد وان كان قبل الاشهاد على القبض تحالفا وترادا وكذا اذا اختلفا في الحدود واقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذي في يد صاحبه لما بينا وان قامت لاحدهما بينة قضي له

وان لم تقم لواحد منهما تحالفا كما في البيع

فصل

واذا استحق بعض نصيب احدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند ابي حنيفة رحمه الله ورجع بحصته ذلك في نصيب صاحبه وقال ابو يوسف رحمه الله تفسخ القسمة قال رضي الله عنه ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار والصحيح ان الاختلاف في استحقاق بعض شائع من نصيب احدهما فاما في استحقاق بعض معين لا تفسخ القسمة بالاجماع ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ بالاتفاق فهذه ثلاثة اوجه ولم يذكر قول محمد رحمه الله وذكره ابو سليمان مع ابي يوسف رحمه الله وابو حفص مع ابي حنيفة رحمهما الله وهو الاصح لابي يوسف رحمه الله ان باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة كما اذا استحق بعض شائع في النصيبين وهذا لان باستحقاق جزء شائع ينعدم معنى القسمة وهو الافراز لانه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعا بخلاف المعين ولهما ان معنى الافراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب احدهما ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء بان كان النصف المقدم مشتركا بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر بينهما لا شركة لغيرهما فيه فاقتسما على ان لاحدهما ما لهما من المقدم وربع المؤخر يجوز وكذا في الانتهاء وصار كاستحقاق شيء معين بخلاف الشائع في النصيبين لانه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفرق نصيبه في النصيبين اما ههنا لا ضرر بالمستحق فافترقا وصورة المسألة اذا اخذ احدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء ثم استحق نصف المقدم فعندهما ان شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص وان شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده من المؤخر لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع اعتبارا للجزء بالكل ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق النصف الباقي رجع بربع ما في يد الآخر عندهما لما ذكرنا وسقط خياره ببيع البعض وعند ابي يوسف رحمه الله ما في يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لان القسمة تنقلب فاسدة عنده والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فنفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة فيضمن نصيب صاحبه قال ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة لانه يمنع وقوع الملك للوارث وكذا اذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي من التركة ما يفي بالدين وراء ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة في ايفاء حقهم ولو ابرأ

الوفاة لبعد القسمة او اداه الورثة من مالهم والدين محيط او غير محيط جازت القسمة
لان المانع قد زال ولو ادعى احد المتقاسمين دينا في التركة صح دعواه لانه لا تناقض
اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة ولو ادعى عينا باي سبب كان
لم تسمع للتناقض اذ الاقدام على القسمة اعتراف منه بكون المقسوم مشتركا

فصل

في المهاياة المهاياة جائزة استحسانا للحاجة اليه اذ قد يتعذر الاجتماع على الانتفاع
فاشبهت القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضي كما يجري في القسمة الا ان القسمة اقوى منه
في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا لو طلب
احد الشريكين القسمة والاخر المهاياة يقسم القاضي لانه ابلغ في التكميل ولو وقعت فيما
يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة يقسم ويبطل المهاياة لانه ابلغ ولا يبطل التهايؤ
بموت احدهما ولا بموتهما لانه لو انتقض لاستأنفه الحاكم ولا فائدة في النقض ثم الاستئناف
ولو تهايئا في دار واحدة على ان يسكن هذا طائفة وهذا طائفة او هذا علوها وهذا سفلها جاز
لان القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهاياة والتهايؤ في هذا الوجه افراز لجميع
الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التأقيت ولكل واحد ان يستغل ما اصابه
بالمهاياة شرط ذلك في العقد او لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه ولو تهايئا في عبد واحد
على ان يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير لان المهاياة قد تكون
في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين هنا ولو اختلفا في التهايؤ
من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما يأمرهما القاضي بان يتفقا لان التهايؤ
في المكان اعدل وفي الزمان اكمل فلما اختلفت الجهة لا بد من الاتفاق فان اختاراه
من حيث الزمان يقرع في البداية نفيا للتهمة ولو تهايئا في عبدين على ان يخدم
هذا هذا العبد والاخر الاخر جاز عندهما لان القسمة على هذا الوجه جائزة جبرا من القاضي
وبالتراضي فكذا المهاياة وقيل عند ابي حنيفة رحمه الله لا يقسم القاضي وهكذا روي عنه
لانه لا يجري الجبر فيه عنده والاصح انه يقسم القاضي عنده لان المنافع من حيث الخدمة
قلما تتفاوت بخلاف اعيان الرقيق لانه تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما تقدم ولو
تهايئا فيهما على ان نفقة كل عبد على من يأخذه جاز استحسانا للمسامحة في اطعام
المماليك بخلاف شرط الكسوة لانه لا يسامح فيها ولو تهايئا في دارين على ان يسكن

كل واحد

كل واحد منهما دارا جاز ويجبر القاضي عليه اما عندهما فظاهر لان الدارين عندهما كدار
واحدة وقد قيل لا يجبر عنده اعتبارا بالقسمة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز التهايؤ فيهما
اصلا بالجبر لما قلنا وبالتراضي لانه بيع السكنى بالسكنى بخلاف قسمة رقبتهما لان بيع
بعض احدهما ببعض الاخر جائز وجه الظاهر ان التفاوت يقل في المنافع فيجوز بالتراضي
ويجري فيه جبر القاضي ويعتبر افرازا اما يكثر التفاوت في اعيانهما فاعتبر مبادلة وفي الدابتين
لا يجوز المهاياة على الركوب عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما اعتبارا بقسمة الاعيان وله ان
الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم بين حاذق واخرق والتهايؤ في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما
قلنا بخلاف العبد لانه يخدم باختياره فلا يتحمل زيادة على طاقته والدابة تحملها واما التهايؤ
في الاستغلال يجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية وفي العبد الواحد والدابة الواحدة
لا يجوز وجه الفرق ان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال ثابت في الحال
والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوان لتوالي اسباب التغير عليه فتفوت المعادلة
ولو زادت الغلة في نوبة احدهما عليها في نوبة الاخر يشتركان في الزيادة ليتحقق التعديل
بخلاف ما اذا كان التهايؤ على المنافع فاستغل احدهما في نوبته زيادة لان
التعديل فيما وقع عليه التهايؤ حاصل وهو المنافع فلا تضره زيادة الاستغلال في الدارين
من بعد والتهايؤ على الاستغلال في الدارين جائز ايضا في ظاهر الرواية لما بيناه
ولو فضل غلة احدهما لا يشتركان فيه بخلاف الدار الواحدة والفرق ان في الدارين
معنى التمييز والافراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول
فاعتبر قرضا وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا ترد عليه حصته من الفضل
وكذا يجوز في العبدين عندهما اعتبارا بالتهايؤ في المنافع ولا يجوز عنده لان التفاوت
في اعيان الرقيق اكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد فاولى
ان يمتنع الجواز والتهايؤ في العبدين في الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها
لكونها عينا ولان الظاهر هو التسامح في الخدمة والاستقصاء في الاستغلال فلا يتقاسمان
ولا يجوز الاستغلال في الدابتين عنده وعندهما يجوز والوجه ما بيناه في الركوب ولو كان
نخل او شجر او غنم بين اثنين فتهايئا على ان يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها او يرعاها
ويشرب البانها لا يجوز لان المهاياة في المنافع ضرورة انها لا تبقى فيتعذر قسمتها وهذه اعيان

الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين

باقية في العصمة عليها عند حصولها والحيلة ان يبيع حصته من الآخر ثم يشتري كلها بعد مضي لوبته
او ينتفع باللبن بمقدار معلوم استقراضا لنصيب صاحبه اذ قبض المشاع جائز والله اعلم

كتاب المزارعة

قال ابو حنيفة رضي الله عنه المزارعة بالثلث والربع باطلة اعلم ان المزارعة
لغة مفاعلة من الزرع وفي الشريعة هي عقد على الزرع ببعض الخارج وهي فاسدة عند
ابي حنيفة رح وقالا جائزة لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج
من ثمر او زرع ولانه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحاجة
فان ذا المال قد لا يهتدي الى العمل والقوي عليه لا يجد المال فمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد
بينهما بخلاف دفع الدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد لانه لا اثر هناك للعمل في تحصيلها
فلم تتحقق شركة وله ما روي انه عليه الصلوة والسلام نهى عن المخابرة وهي المزارعة ولانه استيجار ببعض
ما يخرج من العمل فيكون في معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول او معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة
النبي عليه الصلوة والسلام اهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز واذا
فسدت عنده فان سقى الارض وكربها ولم يخرج شيء فله اجر مثله لانه في معنى اجارة فاسدة
وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب الارض وان كان البذر من قبله فعليه اجر مثل الارض والخارج
في الوجهين لصاحب البذر لانه نماء ملكه وللآخر الاجر كما فصلنا الا ان الفتوى على قولهما
لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الامة بها والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع
ثم المزارعة لصحتها على قول من يجيزها شروط احدها كون الارض صالحة للزراعة لان المقصود
لا يحصل دونه والثاني ان يكون رب الارض والمزارع من اهل العقد وهو لا يختص به لان
عقدا ما لا يصح الا من الاهل والثالث بيان المدة لانه عقد على منافع الارض او منافع
العامل والمدة هي المعيار لها ليعلم بها والرابع بيان من عليه البذر قطعا للمنازعة
واعلاما للمعقود عليه وهو منافع الارض او منافع العامل والخامس بيان نصيب من لا بذر
من قبله لانه يستحقه عوضا بالشرط فلا بد من ان يكون معلوما وما لا يعلم لا يستحق شرطا بالعقد والسادس ان يخلي صاحب
الارض بينها وبين العامل حتى لو شرط عمل رب الارض يفسد العقد لفوات التخلية والسابع
الشركة في الخارج بعد حصوله لانه ينعقد شركة في الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا
للعقد والثامن بيان جنس البذر ليصير الاجر معلوما قال وهي عندهما على اربعة اوجه ان كانت
الارض والبذر لواحد والعمل والبقر لواحد جازت المزارعة لان البقر آلة العمل فصار

كما اذا استأجر

كما اذا استأجر خياطا ليخيط بابرة الخياط وان كانت الارض لواحد والعمل والبقر
والبذر لواحد جازت المزارعة لانه استيجار الارض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما اذا
استأجرها بدراهم معلومة وان كانت الارض والبقر والبذر لواحد والعمل من آخر جاز
لانه استأجره للعمل بآلة المستأجر فصار كما اذا استأجر خياطا ليخيط ثوبه بابرته
او طيانا ليطين بمره وان كانت الارض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر فهي باطلة
وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رح انه يجوز ايضا لانه لو شرط البذر والبقر عليه
يجوز فكذا اذا شرط وحده وصار كجانب العامل وجه الظاهر ان منفعة البقر ليست من جنس
منفعة الارض لان منفعة الارض قوة في طبعها يحصل بها النماء ومنفعة البقر صلاحية يقام
بها العمل كل ذلك بخلق الله تعالى فلم يتجانسا فتعذر ان يجعل تابعة لها بخلاف جانب
العمل لانه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل وههنا وجهان آخران
لم يذكرهما احدهما ان يكون البذر لاحدهما والارض والبقر والعمل لآخر وانه
لا يجوز لانه يتم شركة بين البذر والعمل ولم يرد به الشرع والثاني ان يجمع بين البذر
والبقر وانه لا يجوز ايضا لانه لا يجوز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع والخارج في الوجهين لصاحب
البذر في رواية اعتبارا بسائر المزارعات الفاسدة وفي رواية لصاحب الارض ويصير مستقرضا
للبذر قابضا له باتصاله بارضه قال ولا تصح المزارعة الا على مدة معلومة لما بينا وان يكون الخارج
بينهما شائعا تحقيقا لمعنى الشركة فان شرطا لاحدهما قفزانا مسماة فهي باطلة لان به
تنقطع الشركة لان الارض عساها لا تخرج الا هذا المقدار وصار كاشتراط دراهم معدودة
لاحدهما في المضاربة وكذا اذا شرطا ان يرفع صاحب البذر بذره ويكون الباقي بينهما نصفان
لانه يؤدي الى قطع الشركة في بعض معين او في جميعه بان لم يخرج الا قدر البذر فصار كما اذا
شرطا رفع الخراج والارض خراجية وان يكون الباقي بينهما بخلاف ما اذا شرط صاحب
البذر عشر الخارج لنفسه او للآخر والباقي بينهما لانه معين مشاع فلا يؤدي الى قطع
الشركة كما اذا شرطا رفع العشر وقسمة الباقي والارض عشرية قال وكذلك ان شرطا
ما على الماذيانات والسواقي معناه لاحدهما لانه اذا شرط لاحدهما زرع موضع معين افضى ذلك الى قطع
الشركة لانه لعله لا يخرج الا من ذلك الموضع وعلى هذا اذا شرط لاحدهما ما يخرج
من ناحية معينة وللآخر ما يخرج من ناحية اخرى وكذا اذا شرط لاحدهما التبن وللآخر الحب لانه عسى ان تصيبه آفة

بعينه وللآخر ما يخرج من ناحية

فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن وكذا اذا شرطا التبن نصفين والحب لاحدهما بعينه
لانه يؤدي الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا
للتبن صحت لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود ثم التبن يكون لصاحب البذر
لانه نماء بذره وفي حقه لا يحتاج الى الشرط والمفسد هو الشرط وهذا سكوت عنه وقال مشايخ
بلخ رحمهم الله التبن بينهما ايضا اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان ولانه
تبع للحب والتبع يقوم بشرط الاصل ولو شرطا الحب نصفين والتبن لصاحب
البذر صحت لانه حكم العقد وان شرطا التبن للآخر فسدت لانه شرط يؤدي الى قطع
الشركة بان لا يخرج الا التبن واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط واذا صحت المزارعة
فالخارج على الشرط لصحة الالتزام وان لم تخرج الارض شيئا فلا شيء للعامل لانه
يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره
بخلاف ما اذا فسدت لان اجر المثل في الذمة ولا تفوت الذمة بعدم الخارج قال
واذا فسدت فالخارج لصاحب البذر لانه نماء ملكه واستحقاق الآخر بالتسمية وقد
فسدت فبقي النماء كله لصاحب البذر قال وان كان البذر من قبل رب الارض
فللعامل اجر مثله لا يزاد على مقدار ما شرط له لانه رضي بسقوط الزيادة وهذا عند
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله له اجر مثله بالغا ما بلغ لانه استوفى منافعه
بعقد فاسد فيجب قيمتها وقد تعذر ولا مثل لها فيجب قيمتها وهل يزاد على ما شرط له
من الخارج وهو على الخلاف الذي ذكرناه ولو جمع بين الارض والبقر حتى فسدت المزارعة فعلى العامل
اجر مثل الارض والبقر هو الصحيح لان له مدخلا في الاجارة وهي اجارة معنى في ارض مملوكة
واذا استحق رب الارض الخارج لبذره في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه لان النماء حصل
في ارض مملوكة له وان استحقه العامل اخذ قدر بذره وقدر اجر الارض وتصدق بالفضل لان النماء
يحصل من البذر ويخرج من الارض وفساد الملك في منافع الارض اوجب خبثا فيه
فما سلم له بعوض طاب له وما لا عوض له تصدق به واذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر
من العمل لم يجبر عليه لانه لا يمكنه المضي في العقد الا بضرر يلزمه فصار كما اذا استأجر
اجيرا ليهدم داره وان امتنع الذي ليس من قبله البذر اجبره الحاكم على العمل لانه لا يلحقه
بالوفاء بالعقد ضرر والعقد لازم بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذر يفسخ به الاجارة

بعقد فاسد فيجب قيمتها اذ لا مثل لها [illegible] في الاجارة قال وان كان من قبل العامل فلصاحب الارض اجر مثل ارضه لانه استوفى [illegible]

فيفسخ

فتنفسخ به المزارعة قال وان امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض
فلا شيء له في عمل الكراب قيل هذا في الحكم فاما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل
لانه غره في ذلك قال واذا مات احد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتبارا بالاجارة
وقد مر الوجه في الاجارات قال ولو كان دفعها في ثلاث سنين فلما نبت الزرع في السنة الاولى
ولم يستحصد حتى مات رب الارض ترك الارض في يد المزارع حتى يستحصد الزرع ويقسم
على الشرط وتنتقض المزارعة فيما بقي من السنين لان في ابقاء العقد في السنة الاولى
مراعاة الحقين بخلاف السنة الثانية والثالثة لانه ليس فيه ضرر بالعامل فيحافظ فيهما على القياس
ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعد ما كرب الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة لانه
ليس فيه ابطال مال على المزارع ولا شيء للعامل بمقابلة ما عمل لما نبينه ان شاء الله تعالى
واذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها جاز كما في الاجارة
وليس للعامل ان يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشيء لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو
انما تقوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم
تبع الارض في الدين حتى يستحصد لان في البيع ابطال حق المزارع والتأخير اهون من الابطال
ويخرجه القاضي من الحبس ان كان حبسه في الدين لانه لما امتنع بيع الارض لم يكن هو ظالما
والحبس جزاء الظلم قال واذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان على المزارع
اجر مثل نصيبه من الارض الى ان يستحصد الزرع والنفقة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما
معناه حتى يستحصد الزرع لان في تبقية الزرع باجر المثل تعديل النظر من الجانبين فيصار اليه
وانما كان العمل عليهما لان العقد قد انتهى بانتهاء المدة وهذا عمل في المال المشترك وهذا
بخلاف ما اذا مات رب الارض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل
لان هناك ابقينا العقد في مدته والعقد يستدعي العمل على العامل اما ههنا العقد قد
انتهى فلم يكن هذا ابقاء ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه فان انفق احدهما
بغير اذن صاحبه وامر القاضي فهو متطوع لانه لا ولاية له عليه ولو اراد رب الارض
ان يأخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لان فيه اضرارا بالمزارع ولو اراد المزارع
ان يأخذه بقلا قيل لصاحب الارض اقلع الزرع فيكون بينكما او اعطه قيمة نصيبه
او انفق انت على الزرع وارجع بما تنفقه في حصته لان المزارع لما امتنع من العمل

لم يجبر عليه لان الباقي العقد بعد وجود المنهي نظرا له وقد ترك النظر لنفسه ورب الارض
بين هذه الخيارات لانه يمكن ذلك ليستدفع الضرر عن نفسه ولو مات المزارع بعد نبات
الزرع فقالت ورثته نحن نعمل الى ان يستحصد الزرع وابى رب الارض فلهم ذلك
لانه لا ضرر على رب الارض ولا اجر لهم بما عملوا لانا ابقينا العقد نظرا لهم فان ارادوا
قلع الزرع لم يجبروا على العمل لما بينا والمالك بالخيارات الثلاثة على ما بينا قال وكذلك
اجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما بالحصص فان شرطاه في المزارعة
على العامل فسدت وهذا الحكم ليس بمختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع
لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات ووجه ذلك ان العقد يتناهى بتناهي الزرع
لحصول المقصود فيبقى مالا مشتركا بينهما ولا عقد فيجب مؤنته عليهما واذا شرط
في العقد ذلك ولا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما يفسد العقد كشرط الحمل او الطحن على العامل
وعن ابي يوسف رح انه يجوز اذا شرط ذلك على العامل للتعامل اعتبارا بالاستصناع
وهو اختيار مشايخ بلخ رحمهم الله تعالى قال شمس الائمة السرخسي رح هذا هو الاصح
في ديارنا والحاصل ان ما كان من عمل قبل الادراك كالسقي والحفظ فهو
على العامل وما كان منه بعد الادراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية
كالحصاد والدياس واشباههما على ما بيناه وما كان بعد القسمة فهو عليهما
والمعاملة قياس هذا ما كان قبل ادراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ فهو
على العامل وما كان بعد الادراك كالجداد والحفظ فهو عليهما ولو شرط
الجداد على العامل لا يجوز بالاتفاق لانه لا عرف فيه وما كان بعد القسمة
فهو عليهما لانه مال مشترك ولا عقد ولو شرط الحصاد في الزرع على رب
الارض لا يجوز بالاجماع لعدم العرف فيه ولو ارادا قصل القصيل او جد التمر
بسرا او التقاط الرطب فذلك عليهما لانهما انهيا العقد لما عزما على القصل
والجداد بسرا فصار كما بعد الادراك والله اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

كتاب المساقاة

قال ابو حنيفة رح المساقاة بجزء من الثمر باطلة وقالا هي
جائزة اذا ذكر مدة معلومة وسمى جزءا من الثمر مشاعا والمساقاة هي

المعاملة

المعاملة والكلام فيها كالكلام في المزارعة وقال الشافعي رح المعاملة جائزة و
لا تجوز المزارعة الا تبعا للمعاملة لان الاصل في هذا المضاربة والمعاملة
اشبه بها لان فيه شركة في الزيادة دون الاصل وفي المزارعة لو شرط الشركة
في الربح دون البذر بان شرط رفعه من رأس الخارج يفسد فجعلنا المعاملة
اصلا وجوزنا المزارعة تبعا لها كالشرب في بيع الارض والمنقول في وقف
العقار وشرط المدة قياس فيه لانه اجارة معنى كالمزارعة وفي الاستحسان
لو لم يبين المدة يجوز ويقع على اول ثمر يخرج لان الثمر لادراكها وقت معلوم
وقل ما يتفاوت ويدخل فيه ما هو المتيقن وادراك البذر في اصول الرطبة
في هذا بمنزلة ادراك الثمار لان له نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة
بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وصيفا وربيعا والانتهاء بناء عليه فتدخله الجهالة
وبخلاف ما اذا دفع اليه غرسا قد علق ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز الا ببيان المدة
لانه يتفاوت بقوة الاراضي وضعفها تفاوتا فاحشا وبخلاف ما اذا دفع نخيلا او اصول
رطبة على ان يقوم عليها او اطلق في الرطبة تفسد المعاملة لانه ليس لذلك نهاية
لانها تنمو ما تركت فجهلت المدة ويشترط تسمية جزء مشاع لما بينا في المزارعة اذ شرط جزء معين
يقطع الشركة فان سميا في المعاملة وقتا يعلم انه لا يخرج الثمر فيها فسدت المعاملة
لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج ولو سميا مدة قد يبلغ الثمر فيها وقد يتأخر عنها
جازت لانا لا نتيقن لفوات المقصود ثم لو خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة
العقد وان تأخر فللعامل اجر مثله لفساد العقد لانه تبين الخطأ في المدة المسماة
فصار كما اذا علم ذلك في الابتداء بخلاف ما اذا لم يخرج اصلا لان الذهاب بآفة
فلا يتبين فساد المدة فيبقى العقد صحيحا ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه قال
ويجوز المساقاة في الكرم والنخل والشجر والرطاب واصول الباذنجان وقال
الشافعي رح في الجديد لا يجوز الا في الكرم والنخل لان جوازها بالاثر وقد خصهما وهو حديث
خيبر ولنا ان الجواز للحاجة وقد عمت به واثر خيبر لا يخصهما لان اهلها كانوا يعملون
في الاشجار والرطاب ايضا ولو كان كما زعم فالاصل في النصوص ان تكون معلولة
سيما على اصله وليس لصاحب الكرم ان يخرج العامل من غير عذر لانه لا ضرر عليه في الوفاء

بالعقد وكذا للعامل ان يترك العمل بغير عذر بخلاف المزارعة بالاضافة الى صاحب البذر
لما قدمناه قال فان دفع نخلا فيه ثمر مساقاة والثمر تزيد بالعمل جاز وان كانت قد انتهت
لم يجز وكذا على هذا اذا دفع الزرع وهو بقل جاز وان استحصد وادرك لم يجز لان العامل
انما يستحق بالعمل ولا اثر للعمل بعد التناهي والادراك فلو جوزناه لكان استحقاقا بغير عمل ولم يرد به الشرع
بخلاف ما قبل ذلك لتحقق الحاجة الى العمل قال فاذا فسدت المساقاة فللعامل اجر مثله
لانه في معنى الاجارة الفاسدة وصار كالمزارعة اذا فسدت وتبطل
بالموت لانه في معنى الاجارة وقد بيناه فيها فان مات رب الارض والخارج بسر فللعامل
ان يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك الى ان يدرك الثمر وان كره ذلك ورثة رب الارض
استحسانا فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر فيه على الآخر ولو التزم العامل الضرر يتخير ورثة
الآخر بين ان يقسموا البسر على الشرط وبين ان يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين ان ينفقوا على
البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر لانه ليس له الحاق الضرر بهم وقد بينا نظيره
في المزارعة قال ولو مات العامل فلورثته ان يقوموا عليه وان كره رب الارض لان فيه النظر
من الجانبين فان ارادوا ان يصرموه بسرا كان صاحب الارض بين الخيارات الثلثة التي بيناها
وان ماتا جميعا فالخيار لورثة العامل لقيامهم مقامه وهذا خلافة في حق مالي وهو ترك
الثمار على الاشجار الى وقت الادراك لا ان يكون وراثة في الخيار فان ابى
ورثة العامل ان يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة رب الارض على ما وصفنا
واذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر اخضر فهذا والاول سواء وللعامل ان يقوم
عليها الى ان يدرك لكن بغير اجر لان الشجر لا يجوز استيجاره بخلاف المزارعة في هذا لان
الارض يجوز استيجارها وكذلك العمل كله على العامل ههنا وفي المزارعة في هذا عليهما
لانه لما وجب اجر مثل الارض بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق عليه العمل وههنا لا اجر
فجاز ان يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها قال وتفسخ بالاعذار كما بينا في الاجارة
وقد بينا وجوه العذر فيها ومن جملتها ان يكون العامل سارقا يخاف عليه سرقة
السعف والثمر قبل الادراك لانه يلزم صاحب الارض ضررا لم يلتزمه فيفسخ به
ومنها مرض العامل اذا كان يضعفه عن العمل لان في الزامه استيجار الاجراء زيادة
ضرر عليه لم يلتزمه فيجعل ذلك عذرا ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا

فيه

فيه روايتان وتأويل احديهما ان يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته قال ومن
دفع ارضا بيضاء الى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على ان تكون الارض والشجر
بين رب الارض والغارس نصفين لم يجز ذلك لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة
لا بعمله وجميع الثمر والغرس لرب الارض وللغارس قيمة غرسه واجر مثله فيما عمل لانه في معنى
قفيز الطحان اذ هو استيجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد وتعذر
رد الغراس لاتصالها بالارض فيجب قيمتها واجر مثله لانه لا يدخل في قيمة الغراس لتقومها
بنفسها وفي تخريجها طريق آخر بيناه في كفاية المنتهي وهذا اصحها

كتاب الذبائح

قال الذكاة شرط حل الذبيحة لقوله تعالى الا ما ذكيتم ولان بها يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر
وكما يثبت به الحل يثبت به الطهارة في المأكول وغيره فانها تنبي عنها ومنه قوله عليه السلام
ذكاة الارض يبسها وهي اختيارية كالجرح فيما بين اللبة واللحيين واضطرارية وهو
الجرح في اي موضع كان من البدن والثاني كالبدل عن الاول لانه لا يصار اليه
الا عند العجز عن الاول وهذا آية البدلية وهذا لان الاول اعمل في اخراج الدم والثاني
اقصر فيه فاكتفي به عند العجز عن الاول اذ التكليف بحسب الوسع ومن شرطه ان يكون
الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم او دعوى كالكتابي وان يكون حلالا خارج
الحرم على ما نبينه ان شاء الله تعالى قال وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا ولقوله
تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم ويحل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة
ويضبط وان كان صبيا او مجنونا او امرأة اما اذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية والذبيحة
لا تحل لان التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا والاقلف
والمختون سواء لما ذكرنا واطلاق الكتابي ينتظم الذمي والحربي والعربي والتغلبي
لان الشرط قيام الملة على ما مر قال ولا تؤكل ذبيحة المجوسي لقوله عليه السلام
سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم ولانه لا يدعي التوحيد
فانعدمت الملة اعتقادا ودعوى قال والمرتد لانه لا ملة له فانه لا يقر
على ما انتقل اليه بخلاف الكتابي اذا تحول الى غير دينه لانه يقر عليه عندنا فيعتبر ما عليه
عند الذبح لا قبله والوثني لانه لا يعتقد الملة والمحرم يعني من الصيد وكذا لا يؤكل
ما ذبح من الصيد في الحرم والاطلاق في المحرم ينتظم الحل والحرم والذبح في الحرم يستوي

فيه الحلال والحرم وهذا لان الذكوة فعل مشروع وهذا الصنيع محرم ولم يكن ذكوة بخلاف
ما اذا ذبح المحرم غير الصيد او ذبح في الحرم غير الصيد لانه فعل مشروع اذ الحرم لا يؤمن
الشاة وكذا ذبحه لا يحرم على المحرم وان ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان
تركها ناسيا اكل وقال الشافعي رح اكل في الوجهين وقال مالك رح لا تؤكل في
الوجهين والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية
عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي وهذا القول من الشافعي رح مخالف بالاجماع
فانه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم في متروك
التسمية ناسيا فمن مذهب ابن عمر رضي الله عنهما انه يحرم ومن مذهب علي وابن عباس
رضي الله عنهم انه يحل بخلاف متروك التسمية عامدا ولهذا قال ابو يوسف والمشايخ رحمهم الله
ان متروك التسمية عامدا لا يسوغ فيه الاجتهاد ولو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ لكونه
مخالفا للاجماع له قوله صلى الله عليه وسلم المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى او لم يسم
ولان التسمية لو كان شرطا للحل لما سقط بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلوة
ولو كانت شرطا فالملة اقيمت مقامها كما في الناسي ولنا الكتاب وهو قوله تعالى
ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه الآية نهي وهو للتحريم والاجماع وهو ما بيناه والسنة
وهو حديث عدي بن حاتم رض فانه صلى الله عليه وسلم قال في آخره فانك انما سميت
على كلبك ولم تسم على كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية ومالك رح احتج بظاهر ما ذكرنا
اذ لا فصل فيه لكنا نقول في اعتبار ذلك من الحرج ما لا يخفى لان الانسان كثير النسيان
والحرج مدفوع والسمع غير مجرى على ظاهره اذ لو اريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد
وارتفع الخلاف في الصدر الاول والاقامة في حق الناسي وهو معذور لا يدل عليها
في حق العامد ولا عذر وما رواه محمول على حالة النسيان ثم التسمية في الذكاة
الاختيار يشترط عند الذبح وهو على المذبوح وفي الصيد يشترط عند الارسال والرمي
على الآلة لان المقدور له في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال دون الاصابة
فيشترط عند فعل يقدر عليه حتى اذا اضجع شاة وسمى وذبح غيرها بتلك التسمية لا يجوز
ولو رمى الى صيد وسمى واصاب غيره حل وكذا في الارسال ولو اضجع شاة وسمى
ثم رمى بالشفرة وذبح باخرى اكل وان سمى على سهم ثم رمى بغيره صيدا لا يؤكل

قال

قال ويكره ان يذكر مع اسم الله تعالى شيئا غيره وان يقول عند الذبح اللهم تقبل
من فلان وهذه ثلاث مسائل احدها ان يذكر موصولا لا معطوفا فيكره ولا تحرم الذبيحة
وهو المراد بما قال ونظيره ان يقول بسم الله محمد رسول الله لان الشركة لم توجد فلم يكن
الذبح واقعا له الا انه يكره لوجود القران صورة فيتصور بصورة المحرم والثانية ان يذكر
موصولا على وجه العطف والشركة بان يقول بسم الله واسم فلان او يقول بسم الله وفلان
او بسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال فتحرم الذبيحة لانه اهل به لغير الله والثالثة ان يقول
مفصولا عنه صورة ومعنى بان يقول قبل التسمية وقبل ان يضجع الذبيحة او بعده وهذا لا باس به
لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذه عن امة محمد ممن شهد لك
بالوحدانية ولي بالبلاغ والشرط هو الذكر الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه
جردوا التسمية حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لانه دعاء وسؤال ولو قال
الحمد لله او سبحان الله يريد التسمية حل ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في اصح الروايتين لانه
يريد به الحمد على نعمه دون التسمية وما تداولته الالسن عند الذبح وهو قوله بسم الله والله اكبر
منقول عن ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف قال والذبح
بين الحلق واللبة وفي الجامع الصغير لا باس بالذبح في الحلق كله وسطه واعلاه واسفله
والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم الذكاة ما بين اللبة واللحيين ولانه مجمع المجرى
والعروق فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على ابلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء
قال والعروق التي تقطع في الذكاة اربع الحلقوم والمرئ والودجان لقوله صلى الله
عليه وسلم افر الاوداج بما شئت وهي اسم جمع واقله الثلث فيتناول المرئ
والودجين وهو حجة على الشافعي رحمه الله تعالى في الاكتفاء بالحلقوم والمرئ الا انه
لا يمكن قطع هذه الثلثة الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه وبظاهر ما ذكرنا
يحتج مالك رحمه الله تعالى ولا يجوز الاكثر منها بل يشترط جميعها وعندنا ان قطعها حل الاكل
وعندنا ان قطعها حل الاكل وان قطع اكثرها فكذلك عند ابي حنيفة رح وقالا لا بد من
قطع الحلقوم والمرئ واحد الودجين قال رضي الله عنه هكذا ذكر القدوري رح الاختلاف
في مختصره والمشهور في كتب مشايخنا رحمهم الله تعالى ان هذا قول ابي يوسف رح وقال في الجامع
الصغير ان قطع نصف الحلقوم ونصف الاوداج لم يؤكل وان قطع الاكثر من الاوداج

والحلقوم

لم يوكل وان قطع الاكثر من الاوداج والحلقوم من قبل ان يموت اكل ولم يحك خلافا
واختلفت الرواية فيه فالحاصل ان عند ابي حنيفة اذا قطع الثلث اي ثلث كان
يحل وبه كان يقول ابو يوسف رح اولا ثم رجع الى ما ذكرنا وعن محمد رح انه يعتبر اكثر كل
كل فرد وهو رواية عن ابي حنيفة رح لان كل فرد منها اصل بنفسه لانفصاله عن غيره
ولورود الامر بفريه فيعتبر اكثر كل واحد منها ولابي يوسف ان المقصود من قطع الودجين
انهار الدم فينوب احدهما عن الآخر اذ كل واحد منهما مجرى الدم اما الحلقوم يخالف المري
فانه مجرى العلف والماء والحلقوم مجرى النفس فلا بد من قطعهما ولابي حنيفة رح ان الاكثر يقوم مقام
الكل في كثير من الاحكام واي ثلث قطعها فقد قطع الاكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو
انهار الدم المسفوح والتوحية في اخراج الروح لانه لا يحيى بعد قطع مجرى النفس والطعام ويخرج
الدم بقطع احد الودجين فيكتفى به تحرزا عن زيادة التعذيب بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر
باق فكانه لم يقطع شيئا احتياطا لجانب الحرمة قال ويجوز الذبح بالظفر والقرن والسن
اذا كان منزوعا حتى لا يكون باكله بأس الا انه يكره هذا الذبح وقال الشافعي رح المذبوح
ميتة لقوله صلى الله عليه وسلم كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانها
مدى الحبشة ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة كما اذا ذبح بغير المنزوع ولنا قوله عم
انهر الدم بما شئت ويروى افر الاوداج بما شئت وما رواه محمول على غير
المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك ولانه آلة جارحة فيحصل به ما هو المقصود
وهو اخراج الدم وصار كالحجر والحديد بخلاف غير المنزوع لانه يقتل بالثقل فيكون في معنى المنخنقة
وانما يكره لان فيه استعمال جزء الانسان ولان فيه اضرارا على الحيوان وقد امرنا
فيه بالاحسان قال ويجوز الذبح بالليطة والمروة وكل شيء انهر الدم الا السن
القائم والظفر القائم فان المذبوح بهما ميتة لما بينا ونص محمد رح في الجامع الصغير
على انها ميتة لانه وجد فيه نصا وما لم يجد فيه نصا يحتاط في ذلك فيقول في الحل
لا بأس وفي الحرمة يقول يكره او لم يؤكل قال ويستحب ان يحد الذابح شفرته لقوله صلى الله
عليه وسلم ان الله كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا
ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته ويكره ان يضجعها ثم يحد الشفرة
لما روي انه عليه الصلوة والسلام رأى رجلا اضجع الشاة وهو يحد شفرته فقال

لعذاردت

لقد اردت ان تميتها موتات هلا حددتها قبل ان تضجعها قال ومن بلغ بالسكين
النخاع او قطع الرأس كره له ذلك وتؤكل ذبيحته وفي بعض النسخ قطع مكان بلغ
والنخاع عرق ابيض في عظم الرقبة اما الكراهة فلما روي عن النبي عليه الصلوة
والسلام نهى ان تنخع الشاة اذا ذبحت وتفسيره ما ذكرنا وقيل معناه ان
يمد رأسه حتى يظهر مذبحه وقيل ان يكسر عنقه قبل ان يسكن من الاضطراب وكل
ذلك مكروه وهذا لان في جميع ذلك وفي قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان
بلا فائدة وهو منهي عنه والحاصل ان ما فيه زيادة ألم لا يحتاج اليه في الذكاة
مكروه ويكره ان يجر ما يريد ذبحه برجله الى المذبح وان تنخع الشاة قبل ان تبرد
يعني قبل ان يسكن من الاضطراب وبعده لا ألم فلا يكره النخع والسلخ الا ان الكراهة
لمعنى زائد وهو زيادة الألم قبل الذبح او بعده فلا يوجب التحريم فلهذا قال تؤكل
ذبيحته قال فان ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل لتحقق الموت
بما هو ذكاة ويكره لان فيه زيادة الألم من غير حاجة فصار كما اذا جرحها ثم قطع
الاوداج وان ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل لوجود الموت بما ليس بذكاة
فيها قال وما استأنس من الصيد فذكاته الذبح وما توحش من النعم فذكاته
العقر والجرح لان ذكاة الاضطرار انما يصار اليه عند العجز عن ذكاة الاختيار
على ما مر والعجز متحقق في الثاني دون الاول وكذا ما تردى من النعم في بئر ووقع العجز عن ذكاة
الاختيار لما بينا وقال مالك رح لا يحل بذكاة الاضطرار في الوجهين لان ذلك
نادر ونحن نقول المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق فيصار الى البدل كيف وانا لا نسلم
الندرة بل هو غالب وفي الكتاب اطلق فيما توحش من النعم وعن محمد رح ان الشاة
اذا ندت في الصحراء فذكاتها العقر وان ندت في المصر لا يحل بالعقر لانها لا تدفع
عن نفسها فيمكن اخذها فلا عجز والمصر وغيره سواء في البقر والبعير لانهما يدفعان
عن انفسهما فلا يقدر على اخذهما وان ندا في المصر فيتحقق العجز والصيال كالند اذا
كان لا يقدر على اخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكاة حل اكله قال والمستحب
في الابل النحر فان ذبحها جاز ويكره والمستحب في البقر والغنم الذبح فان نحرها جاز
ويكره فالاستحباب لموافقة السنة المتوارثة ولاجتماع العروق في المنحر وفيهما في المذبح

والكراهة لمخالفة السنة وهي لمعنى في غيره فلا يمنع الجواز والحل خلافا لما قاله مالك
رحمه الله انه لا يحل قال ومن نحر ناقة او ذبح بقرة فوجد في بطنها جنينا ميتا لم يؤكل
اشعر او لم يشعر وهذا عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر والحسن بن زياد وقالا اذا تم خلقه اكل
وهو قول الشافعي رح لقوله صلى الله عليه وسلم ذكاة الجنين ذكاة امه ولانه جزء من الام حقيقة
لانه يتصل بها حتى يفصل بالمقراض ويتغذى بغذاء الام ويتنفس بتنفسها وكذا حكما حتى يدخل في
البيع الوارد على الام ويعتق باعتاقها واذا كان جزءا منها فالجرح في الام ذكاة له عند العجز
عن ذكاته كما في الصيد وله انه اصل في الحيوة حتى تتصور حيوته بعد موتها وعند ذلك يفرد
بايجاب الغرة ويعتق باعتاق مضاف اليه ويصح الوصية له وبه وهو حيوان دموي
وما هو المقصود من الذكاة وهو المميز بين اللحم والدم لا يتحصل بجرح الام اذ هو ليس بسبب لخروج
الدم عنه فلا يجعل تبعا في حقه بخلاف الجرح في الصيد لانه سبب لخروجه ناقصا فيقام
مقام الذكاة فيه عند التعذر وانما يدخل في البيع تحريا لجوازه كيلا يفسد باستثنائه ويعتق
كيلا ينفصل من الحرة ولد رقيق فصل فيما يحل وما لا يحل قال ولا يجوز اكل ذي ناب من السباع
ولا ذي مخلب من الطير لان النبي عليه السلام نهى عن اكل ذي ناب ومخلب من الطير والسباع وقوله
من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف اليهما فيتناول سباع الطيور والبهائم لا كل ما له
مخلب او ناب والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة ومعنى التحريم والله اعلم
كرامة بني آدم كيلا يعدو شيء من هذه الاوصاف الذميمة اليهم بالاكل ويدخل فيه
الضبع والثعلب فيكون حجة على الشافعي رح في اباحتهما والفيل ذو ناب فيكره واليربوع
وابن عرس من سباع الهوام وكرهوا اكل الرخم والبغاث لانهما ياكلان الجيف قال
لا باس بغراب الزرع لانه ياكل الحب وليس من سباع الطير ولا يؤكل الابقع الذي ياكل
الجيف وكذا الغداف وقال ابو حنيفة رح لا باس باكل العقعق لانه يخلط فاشبه الدجاج وعن
ابي يوسف انه يكره لان الغالب من اكله الجيف ويكره اكل الضبع والضب والسلحفاة والزنبور
والحشرات كلها اما الضبع فلما ذكرنا واما الضب فلان النبي صلى الله عليه نهى عائشة رضي الله عنها
حين سالته عن اكله وهو حجة على الشافعي رح في اباحته والزنبور من المؤذيات والسلحفاة
من خبائث الحشرات ولهذا لا يجب على المحرم بقتله شيء وانما يكره الحشرات كلها استدلالا
بالضب لانه منها ولا يجوز اكل لحم الحمر الاهلية والبغال لما روى خالد بن الوليد رضي الله عنه

ان النبي

ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير وعن علي رضي الله عنه ان النبي صلى الله
عليه وسلم اهدر المتعة وحرم لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر قال ويكره لحم الفرس عند ابي حنيفة رح
وهو قول مالك وقالا والشافعي رحمهم الله تعالى لا باس باكله لحديث جابر انه نهى رسول الله
صلى الله عليه عن لحوم الحمر الاهلية واذن في لحوم الخيل يوم خيبر ولابي حنيفة رح قوله تعالى والخيل والبغال
والحمير لتركبوها وزينة خرج مخرج الامتنان والاكل من اعلى منافعها والحكيم لا يترك الامتنان
باعلى النعم ويمتن بادناها ولانه آلة ارهاب العدو فيكره اكله احتراما له ولهذا يضرب له
بسهم في الغنيمة ولان في اباحته تقليل آلة الجهاد وحديث جابر رضي الله عنه معارض بحديث
خالد رضي الله عنه والترجيح للمحرم ثم قيل الكراهة عنده كراهية تحريم وقيل كراهة تنزيه والاول
اصح اما لبنه فقد قيل لا باس به لانه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد قال ولا باس باكل الارنب
لان النبي عليه السلام اكل منه حين اهدي اليه مشويا وامر اصحابه بالاكل منه ولانه ليس من السباع
ولا من اكلة الجيف فاشبه الظبي قال واذا ذبح ما لا يؤكل لحمه طهر لحمه وجلده الا الادمي
والخنزير فان الذكاة لا تعمل فيهما والادمي لحرمته وكرامته والخنزير لنجاسته كما في الدباغ و
قال الشافعي رح الذكاة لا تؤثر في جميع ذلك لانه لا يؤثر في اباحة اللحم اصلا وفي طهارته وطهارة
الجلد تبع ولا تبع بدون الاصل فصار كذبح المجوسي ولنا ان الذكاة مؤثرة في ازالة الرطوبات
والدماء السيالة وهي النجسة دون ذات الجلد واللحم واذا زالت طهر كما في الدباغ وهذا الحكم
مقصود في الجلد كالتناول في اللحم وفعل المجوسي اماتة في الشرع فلا بد من الدباغ وكما يطهر لحمه يطهر
شحمه حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده خلافا له وهل يجوز الانتفاع به في غير الاكل قيل لا يجوز
اعتبارا بالاكل وقيل يجوز كالزيت اذا خالطه ودك الميتة والزيت غالب لا يؤكل وينتفع به في غير
الاكل قال لا يؤكل من حيوان الماء الا السمك وقال مالك رح وجماعة باطلاق ما في البحر و
استثنى بعضهم الخنزير والكلب والانسان وعن الشافعي رح انه اطلق ذلك كله والخلاف في الاكل والبيع واحد
لهم قوله تعالى احل لكم صيد البحر من غير فصل وقوله صلى الله عليه في البحر هو الطهور ماؤه والحل
ميتته ولانه لا دم في هذه الاشياء اذ الدموي لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فاشبه السمك ولنا قوله تعالى
ويحرم عليكم الخبائث وما سوى السمك خبيث ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن دواء يتخذ فيه الضفدع
ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما تلا محمول على الاصطياد وهو مباح فيما لا يحل والميتة
المذكورة فيما روى محمول على السمك وهو حلال مستثنى عن ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم

أحلت لنا ميتتان ودمان اما الميتتان فالسمك والجراد واما الدمان فالكبد والطحال
ويكره اكل الطافي منه وقال الشافعي ومالك رحمهما الله لا بأس به لاطلاق ما روينا ولان
ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث ولنا ما روى جابر عن النبي عم انه قال ما نضب عنه الماء فكلوا
وما لفظه الماء فكلوا وما طفا فلا تأكلوا وعن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم مثل مذهبنا
وميتة البحر ما لفظه ليكون موته مضافا الى البحر لا ما مات فيه من غير آفة ولا بأس باكل الجريث
والمارماهي وانواع السمك والجراد بلا ذكاة وقال مالك رح لا يحل الجراد الا ان يقطع الآخذ
رأسه او يشويه لانه صيد البر ولهذا يجب على المحرم بقتله جزاء يليق به فلا يحل الا بالقتل كما في سائره
والحجة عليه ما رويناه وسئل علي رضي الله عنه عن الجراد يأخذه الرجل من الارض وفيها الميت وغيره
فقال كل كله وعد هذا من فصاحته ودل على اباحته وان مات حتف انفه بخلاف السمك
اذا مات من غير آفة لانا خصصناه بالنص الوارد في الطافي ثم الاصل في السمك عندنا انه اذا مات
بآفة يحل كالمأخوذ واذا مات حتف انفه من غير آفة لا يحل كالطافي وتنسحب عليه فروع كثيرة بيناها
في كفاية المنتهي وعند التأمل يقف المبرز عليها منها اذا قطع بعضها فمات يحل اكل ما ابين
وما بقي لان موته بآفة وما ابين من الحي وان كان ميتا فميتته حلال وفي الموت بالحر والبرد
روايتان والله اعلم

كتاب الاضحية

قال الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم
الاضحى عن نفسه وعن ولده الصغار اما الوجوب فقول ابي حنيفة ومحمد وزفر والحسن واحدى الروايتين
عن ابي يوسف رح وعنه انها سنة ذكره في الجوامع وهو قول الشافعي رح وذكر الطحاوي ان على قول ابي حنيفة
واجبة وعلى قول ابي يوسف ومحمد رح سنة مؤكدة وهكذا ذكر بعض المشايخ رح الاختلاف وجه السنة
قوله صلى الله عليه وسلم من اراد ان يضحي منكم فلا يأخذ من شعره واظفاره شيئا والتعليق
بالارادة ينافي الوجوب ولانها لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر لانهما لا يختلفان
في الوظائف المالية كالزكوة فصار كالعتيرة ووجه الوجوب قوله صلى الله عليه وسلم من وجد
سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب ولانها قربة
يضاف اليها وقتها يقال يوم الاضحى وذلك يؤذن بالوجوب لان الاضافة للاختصاص
وهو بالوجود والوجوب هو المفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس غير ان الاداء يختص باسباب
يشق على المسافر استحضارها ويفوت بمضي الوقت فلا يجب عليه بمنزلة الجمعة والمراد بالارادة
فيما روي والله اعلم ما هو ضد السهو لا التخيير والعتيرة منسوخة وهي شاة تقام في رجب
على ما قيل وانما اختص الوجوب بالحرية لانها وظيفة مالية لا تتأدى الا بالملك والمالك

العتيرة على المنسوخ لا تجوز والعتيرة ذبيحة كانت
تذبح في رجب يتقرب بها اهل الجاهلية
والمسلمون في صدر الاسلام
نسخ كذا في المغرب

هو الحر وبالاسلام لكونها قربة وبالاقامة لما بينا وباليسار لما روينا من اشتراط السعة
ومقداره ما يجب به صدقة الفطر وقد مر في الصوم وبالوقت وهو يوم الاضحى لانها مختصة به
وسنبين مقداره ان شاء الله تعالى ويجب عن نفسه لانه اصل في الوجوب عليه على ما بيناه وعن
ولده الصغير لانه في معنى نفسه فيلتحق به كما في صدقة الفطر وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة
ويروى عنه انه لا يجب عن ولده وهو ظاهر الرواية بخلاف صدقة الفطر
لان السبب هناك رأس يمونه ويلي عليه وهما موجودان في الصغير وهذه قربة محضة والاصل
في القرب ان لا تجب على الغير بسبب الغير ولهذا لا تجب عن عبده وان كان يجب عنه صدقة
الفطر وان كان للصغير مال يضحي عنه ابوه او وصيه من ماله عند ابي حنيفة رح وابي يوسف
رح من ماله وقال محمد رح وزفر والشافعي رح يضحي من مال نفسه لا من مال الصغير فالخلاف
في هذا كالخلاف في صدقة الفطر وقيل لا يجوز التضحية من مال الصغير في قولهم لان هذه
القربة تتأدى بالاراقة والصدقة بعده تطوع فلا يجوز ذلك من مال الصغير ولا يمكنه ان يأكل
كله والاصح ان يضحي من ماله ويأكل منه ما امكنه ويبتاع بما بقي ما ينتفع بعينه قال ويذبح عن كل
واحد منهم شاة او يذبح بقرة او بدنة عن سبعة والقياس ان لا تجوز الا عن واحد لان الاراقة
واحدة وهي القربة الا انا تركناه بالاثر وهو ما روي عن جابر رضي الله عنه انه قال نحرنا مع رسول
الله صلى الله عليه وسلم البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولا نص في الشاة فبقي على اصل القياس
ويجوز عن خمسة او ستة او ثلثة ذكره محمد رحمه الله في الاصل لانه لما جاز عن السبعة فعمن
دونهم اولى ولا يجوز عن ثمانية اخذا بالقياس فيما لا نص فيه وكذا اذا كان نصيب احدهم
اقل من السبع ولا يجوز عن الكل لانعدام وصف القربة في البعض وسنبينه ان شاء الله تعالى وقال
مالك رحمه الله يجوز عن اهل بيت واحد وان كانوا اكثر من السبعة ولا يجوز عن اهل بيتين
وان كانوا اقل منها لقوله صلى الله عليه وسلم على كل اهل بيت في كل عام اضحاة
وعتيرة قلنا المراد منه والله اعلم قيم اهل البيت لان اليسار له يؤيده ما يروى على كل
مسلم في كل عام اضحاة وعتيرة ولو كانت البدنة بين اثنين نصفين تجوز في الاصح
لانه لما جاز ثلثة الاسباع جاز نصف السبع تبعا له واذا جاز على الشركة فقسمة
اللحم بالوزن لانه موزون ولو اقتسموا جزافا لا يجوز الا اذا كان معه شيء من الاكارع
والجلد اعتبارا بالبيع قال ولو اشترى بقرة يريد ان يضحي عن نفسه ثم اشترك فيها ستة
معه اجزاه استحسانا وفي القياس لا تجزيه وهو قول زفر رح لانه اعدها للقربة فيمنع

عن بيعها تمولا والاشتراك بهذه صفته وجه الاستحسان انه قد يجد بقرة سمينة يشتريها
ولا يظفر بالشركاء وقت البيع وانما يطلبهم بعده فكانت الحاجة اليه ماسة فجوزناه دفعا للحرج
وقد امكن لان بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع والاحسن ان يفعل ذلك قبل الشراء ليكون
ابعد عن الخلاف وعن صورة الرجوع في القربة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يكره الاشتراك بعد الشراء
لما بينا قال وليس على الفقير والمسافر اضحية لما بينا وابو بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان
اذا كانا مسافرين وعن علي رضي الله عنه انه قال ليس على المسافر جمعة ولا اضحية قال
ووقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر الا انه لا يجوز لاهل الامصار الذبح حتى يصلي
الامام العيد فاما اهل السواد فيذبحون بعد الفجر والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم من ذبح
قبل الصلوة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلوة فقد تم نسكه واصاب سنة المسلمين
وقال صلى الله عليه وسلم ان اول نسكنا في هذا اليوم الصلوة ثم الاضحية غير ان هذا
الشرط في حق من عليه الصلوة وهو المصري دون اهل السواد ولان التاخير لاحتمال
التشاغل عن الصلوة فلا معنى للتاخير في حق القروي ولا صلوة عليه وما رويناه
حجة على مالك رحمه الله والشافعي رحمه الله في نفيهما الجواز بعد الصلوة قبل نحر الامام ثم المعتبر في ذلك
مكان الاضحية حتى لو كانت في السواد والمضحي في المصر يجوز كما انشق الفجر وفي عكسه
لا يجوز الا بعد الصلوة وحيلة المصري اذا اراد التعجيل ان يبعث بها الى خارج المصر
فيضحي بها كما طلع الفجر وهذا لانها تشبه الزكوة من حيث انها تسقط بهلاك المال
قبل مضي ايام النحر كالزكوة تسقط بهلاك النصاب فيعتبر في الصرف مكان المحل لا مكان
الفاعل اعتبارا بها بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر
ولو ضحى بعد ما صلى اهل المسجد ولم يصل اهل الجبانة اجزاه استحسانا لانها صلوة
معتبرة حتى لو اكتفوا بها اجزأتهم استحسانا فكذلك على عكسه وقيل هو جائز قياسا
واستحسانا قال وهي جائزة في ثلثة ايام يوم النحر ويومان بعده وقال الشافعي رحمه الله
ثلثة ايام بعده لقوله صلى الله عليه وسلم ايام التشريق كلها ايام ذبح ولنا ما روي
عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم انهم قالوا ايام النحر ثلثة افضلها اولها وقد قالوه
سماعا لان الراي لا يهتدى الى المقادير وفي الاخبار تعارض فاخذنا بالمتيقن وهو
الاقل وافضلها اولها كما قالوا ولان فيه مسارعة الى اداء القربة وهو الاصل الا لمعارض
ويجوز الذبح في لياليها الا انه يكره لاحتمال الغلط في ظلمة الليل وايام النحر ثلثة وايام التشريق

ثلثة

ثلثة والكل يمضي باربعة اولها نحر لا غير وآخرها تشريق لا غير والمتوسطان نحر وتشريق والتصدق
تطوع محض فتفضل عليه ولانها تفوت بفوات وقتها والصدقة يؤتى بها في الاوقات كلها فنزلت
منزلة الصلوة والطواف في حق الافاقي ولو لم يضح حتى مضت ايام النحر ان كان اوجب على نفسه
او كان فقيرا وقد اشترى الاضحية تصدق بها حية وان كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشترى
او لم يشتر لانها واجبة على الغني وتجب على الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا فاذا فات الوقت يجب عليه التصدق
اخراجا له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية قال ولا يضحي
بالعمياء والعوراء والعرجاء التي لا تمشي الى المنسك ولا العجفاء لقوله عليه الصلوة لا تجزي في
الضحايا اربعة العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمريضة البين مرضها
والعجفاء التي لا تنقي قال ولا تجوز مقطوعة الاذن والذنب اما الاذن فلقوله عم
استشرفوا العين والاذن اي اطلبوا سلامتهما واما الذنب فلانه عضو كامل مقصود
فصار كالاذن ولا التي ذهب اكثر اذنها او ذنبها وان بقي اكثر الاذن والذنب
جاز لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا ولان العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل
عفوا واختلفت الرواية عن ابي حنيفة في مقدار الاكثر ففي الجامع الصغير عنه وان قطع من الاذن
والذنب او العين او الالية الثلث او اقل اجزاه وان كان اكثر لم يجزه لان الثلث
تنفذ فيه الوصية من غير رضا الورثة فاعتبر قليلا وفيما زاد لا تنفذ الا برضاهم
فاعتبر كثيرا ويروى عنه الربع لانه يحكي حكاية الكمال على ما مر في الصلوة و
يروى الثلث لقوله عليه الصلوة والسلام في حديث الوصية الثلث والثلث كثير و
قالا اذا بقي اكثر من النصف اجزاه اعتبارا للحقيقة على ما تقدم في الصلوة وهو اختيار
الفقيه ابي الليث رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله اخبرت بقولي ابا حنيفة رحمه الله
فقال قولي مثل قولك قيل هو رجوع منه الى قول ابي يوسف وقيل قولي قريب من قولك و
في كون النصف مانعا روايتان عنهما كما في انكشاف العضو عن ابي يوسف رحمه الله
ثم معرفة المقدار في غير العين متيسر وفي العين قالوا تشد العين المعيبة بعد ان لا تعتلف الشاة
يوما او يومين ثم يقرب العلف اليها قليلا قليلا فاذا راته من موضع اعلم على ذلك
المكان ثم تشد عينها الصحيحة وقرب اليها العلف قليلا قليلا حتى اذا راته من مكان
اعلم عليه ثم ينظر الى تفاوت ما بينهما فان كان ثلثا فالذاهب هو الثلث وان كان نصفا

والتضحية فيها افضل من التصدق بثمن الاضحية لانها تقع واجبة او سنة صح

فالنصف قال ويجوز ان يضحي بالجماء وهي التي لا قرن لها لان القرن لا يتعلق به مقصود وكذلك مكسورة
القرن لما قلنا والخصي لان لحمها اطيب وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين املحين
موجوئين والثولاء وهي المجنونة وقيل هذا اذا كانت تعتلف لانه لا يخل بالمقصود اما اذا كانت
لا تعتلف لا تجزيه والجرباء ان كانت سمينة جاز لان الجرب في الجلد ولا نقصان في اللحم وان
كانت مهزولة لا تجزيه لان الجرب في اللحم فتنقص واما الهتماء وهي التي لا اسنان لها فعن
ابي يوسف رح انه يعتبر في الاسنان الكثرة والقلة وعنه ان بقي ما يمكنه الاعتلاف
به اجزاه لحصول المقصود والسكاء وهي التي لا اذن لها خلقة لا تجوز وهذا لان مقطوع
اكثر الاذن اذا كان لا يجوز فعديم الاذن اولى وهذا الذي ذكرنا اذا كانت هذه
العيوب قائمة وقت الشراء ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع ان كان غنيا
عليه غيرها وان كان فقيرا تجزيه هذه لان الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لا بالشراء
فلم يتعين به وعلى الفقير بشرائه بنية الاضحية فتعينت ولا يجب عليه ضمان نقصانه
كما في نصاب الزكوة وعلى هذا الاصل قالوا اذا ماتت المشتراة للتضحية على الموسر مكانها
اخرى ولا شيء على الفقير ولو ضلت او سرقت واشترى اخرى ثم ظهرت الاولى في
ايام النحر على الموسر ذبح احديهما وعلى الفقير ذبحهما قال ولو اضجعها فاضطربت
فانكسرت رجلها فذبحها اجزاه استحسانا عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله لان حالة
الذبح ومقدماته ملحق بالذبح فكانه حصل به اعتبارا وحكما وكذا لو تعيبت في هذه الحالة
فانفلتت ثم اخذت من فوره وكذا بعد فوره عند محمد رح خلافا لابي يوسف رح لانه حصل بمقدمات
الذبح قال والاضحية من الابل والبقر والغنم لانها عرفت شرعا ولم تنقل التضحية بغيرها من النبي
عليه الصلوة والسلام ولا من الصحابة رضي الله تعالى عنهم قال ويجزئ من ذلك كله الثني فصاعدا
الا الضأن فان الجذع منه يجزئ لقوله صلى الله عليه وسلم ضحوا بالثنايا الا ان يعسر على احدكم
فليذبح الجذع من الضأن وقال النبي عليه السلام نعمت الاضحية الجذع من الضأن قالوا وهذا اذا كانت
عظيمة بحيث لو خلطت بالثنايا يشتبه على الناظر من بعيد والجذع من الضأن ما تمت له ستة اشهر
في مذهب الفقهاء وذكر الزعفراني رح انه ابن سبعة اشهر والثني منها ومن المعز ابن سنة ومن البقر
ابن سنتين ومن الابل ابن خمس سنين ويدخل في البقر الجاموس لانه من جنسه والمولود بين الاهلي
والوحشي يتبع الام لانها هي الاصل في التبعية حتى اذا نزا الذئب على الشاة يضحى بالولد

قال

قال واذا اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها فمات احدهم قبل النحر وقالت الورثة اذبحوها عنه وعنكم
اجزاهم قال وان كان شريك الستة نصرانيا او رجلا يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم ووجهه
ان البقرة تجوز عن سبعة لكن من شرطه ان يكون قصد الكل القربة وان اختلفت جهاتها كالاضحية والقران
والمتعة عندنا لاتحاد المقصود وهو القربة وقد وجد هذا الشرط في الوجه الاول لان التضحية عن الغير عرفت
قربة الا يرى ان النبي عليه السلام ضحى عن امته على ما روينا من قبل ولم يوجد في الوجه الثاني لان النصراني
ليس من اهلها وكذا قصد اللحم ينافيها واذا لم يقع البعض قربة والاراقة لا تتجزى في حق القربة لم يقع الكل
ايضا قربة فامتنع الجواز وهذا الذي ذكره استحسان والقياس ان لا يجوز وهو رواية عن ابي يوسف رح
لانه تبرع بالاتلاف فلا يجوز عن غيره كالاعتاق عن الميت لكنا نقول القربة قد تقع عن الميت كالتصدق
بخلاف الاعتاق لان فيه الزام الولاء على الميت ولو ذبحوها عن صغير في الورثة او ام ولد جاز لما بينا
انه قربة ولو مات واحد منهم فذبحها الباقون بغير اذن الورثة لا تجزيهم لانه لم يقع بعضها قربة وفيما تقدم
وجد الاذن من الورثة فكان قربة قال ويأكل من لحم الاضحية ويطعم الاغنياء والفقراء ويدخر
لقوله صلى الله عليه وسلم كنت نهيتكم عن اكل لحوم الاضاحي فكلوا منها وادخروا ومتى جاز اكله وهو
غني جاز ان يؤكله غنيا قال ويستحب ان لا ينقص الصدقة من الثلث لان الجهات ثلثة الاكل والادخار
لما روينا والاطعام لقوله تعالى واطعموا القانع والمعتر فانقسم عليها اثلاثا قال ويتصدق بجلدها
لانه جزء منها او يعمل منه آلة تستعمل في البيت كالنطع والجراب والغربال ونحوها لان الانتفاع به
غير محرم ولا بأس ان يشتري به ما ينتفع بعينه في البيت مع بقائه استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لان
للبدل حكم المبدل ولا يشتري به ما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه كالخل والابازير اعتبارا بالبيع
بالدراهم والمعنى فيه انه تصرف على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح فلو باع الجلد او اللحم بالدراهم
او بما لا ينتفع به الا باستهلاكه تصدق بثمنه لان القربة انتقلت الى بدله وقوله صلى الله
عليه وسلم من باع جلد اضحيته فلا اضحية له يفيد كراهة البيع اما البيع جائز لقيام الملك والقدرة
على التسليم قال ولا يعطي اجر الجزار منها لقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه تصدق بجلالها وخطامها ولا تعط
اجر الجزار منها والنهي عنه نهي عن البيع ايضا لانه في معنى البيع قال ويكره ان يجز صوف اضحيته
فينتفع به قبل ان يذبحها لانه التزم اقامة القربة بجميع اجزائها بخلاف ما بعد الذبح لانه
اقيمت القربة بها كما في الهدي ويكره ان يحلب لبنها فينتفع به كما في الصوف قال والافضل
ان يذبح اضحيته بيده ان كان يحسن الذبح وان كان لا يحسنه فالافضل ان يستعين
بغيره واذا استعان بغيره ينبغي ان يشهدها بنفسه لقوله صلى الله عليه وسلم

يا فاطمة رضي الله عنها قومي فاشهدي أضحيتك فإنه يغفر لك بأول قطرة من دمها
كل ذنب قال ويكره أن يذبحها الكتابي لأنه عمل هو قربة وانه ليس من أهلها ولو امره
فذبح جاز لأنه من أهل الذكاة

والقربة أقيمت بإنابته ونيته بخلاف ما إذا أمر المجوسي لأنه ليس من أهل الذكاة

فكان افسادا قال وإذا غلط رجلان فذبح كل واحد
منهما أضحية الآخر أجزأ عنهما ولا ضمان عليهما استحسانا وأصل هذا أن من ذبح أضحية غيره بغير إذنه
لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها ولا يجزيه عن الأضحية في القياس وهو قول زفر رحمه الله تعالى
وفي الاستحسان يجوز ولا ضمان على الذابح وهو قولنا وجه القياس أنه ذبح شاة غيره بغير إذنه
فيضمن كما إذا ذبح شاة اشتراها القصاب وجه الاستحسان أنها تعينت للذبح لتعينها
للأضحية حتى وجب عليه أن يضحي بها بعينها في أيام النحر ويكره أن يبدل بها غيرها فصار المالك
مستعينا بكل من يكون أهلا للذبح آذنا له دلالة لأنها تفوت بمضي هذه الأيام وعساه
يعجز عن إقامتها بعوارض وصار كما إذا ذبح شاة شد القصاب رجلها للذبح فإن قيل يفوته
أمر مستحب وهو أن يذبحها بنفسه أو يشهد الذبح فلا يرضى به قلنا يحصل له مستحبان آخران
صيرورته مضحيا لما عينه وكونه معجلا به فيرضى به ولعلمائنا رحمهم الله من هذا
الجنس مسائل استحسانية وهي أن من طبخ لحم غيره أو طحن حنطته أو رفع جرته فانكسرت
أو حمل على دابته فعطبت كل ذلك بغير أمر المالك يكون ضامنا ولو وضع المالك
اللحم في القدر والقدر على الكانون والحطب تحته أو جعل الحنطة في الدورق وربط
الدابة عليه ورفع الجرة وأمالها إلى نفسه أو حمل على دابته فسقط في الطريق فأوقد
هو النار فيه فطبخه أو ساق الدابة فطحنها أو أعانه على رفع الجرة فانكسرت فيما بينهما
أو حمل ما سقط على دابته فعطبت لا يكون ضامنا في هذه الصور استحسانا لوجود
الإذن دلالة إذا ثبت هذا فنقول في مسألة الكتاب ذبح كل واحد منهما أضحية غيره
بغير إذنه صريحا فهي خلافية زفر رحمه الله بعينها ويتأتى فيه القياس والاستحسان كما ذكرنا فيأخذ
كل واحد منهما مسلوخه من صاحبه ولا يضمنه لأنه وكيله فيما فعل دلالة فإن كانا
قد أكلا ثم علما فليحلل كل واحد منهما صاحبه ويجزيهما لأنه لو أطعمه في الابتداء يجوز
وإن كان غنيا فكذا له أن يحلله في الانتهاء وإن تشاحا فلكل واحد منهما أن يضمن
صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لأنها بدل عن اللحم فصار كما لو باع أضحيته وهذا
لأن التضحية لما وقعت من صاحبه كان اللحم له ومن أتلف لحم أضحية غيره كان الحكم فيه

ما ذكرنا

ما ذكرنا قال ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن أضحيته لأنه ملكها بسابق الغصب
بخلاف ما لو أودع شاة فضحى بها لأنه يضمنه بالذبح فلا يثبت الملك له إلا بعد الذبح

كتاب الكراهية

قال الشيخ رحمه الله تعالى تكلموا في معنى المكروه والمروي عن محمد رحمه الله
نصا أن كل مكروه حرام إلا أنه لما لم يجد فيه نصا قاطعا لم يطلق عليه لفظة الحرام وعن أبي حنيفة
وأبي يوسف رحمهما الله أنه إلى الحرام أقرب وهو يشتمل على فصول منها فصل في

الأكل والشرب قال أبو حنيفة رحمه الله يكره لحوم الأتن وألبانها وأبوال الإبل وقالا
لا بأس بأبوال الإبل وتأويل قول أبي يوسف رحمه الله أنه لا بأس بها للتداوي وقد بينا هذه الجملة
فيما تقدم في الصلاة والذبائح فلا نعيدها واللبن متولد من اللحم فأخذ حكمه ولا يجوز الأكل
والشرب والادهان والتطيب في آنية الذهب والفضة للرجال والنساء لقوله
عليه الصلاة والسلام في الذي يشرب من إناء الذهب والفضة إنما يجرجر في بطنه
نار جهنم وأتي أبو هريرة بشراب في إناء فضة فلم يقبله فقال نهانا عنه النبي صلى الله عليه وسلم
وإذا ثبت هذا في الشرب فكذا في الادهان ونحوه لأنه في معناه ولأنه تشبه بزي
المشركين وتنعم بنعم المترفين والمسرفين وقال في الجامع الصغير يكره ومراده التحريم ويستوي فيه
الرجال والنساء لعموم النهي وكذا الأكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل
الذهب والفضة وكذا ما أشبه ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرهما لما ذكرنا قال ولا بأس
باستعمال آنية الرصاص والزجاج والبلور والعقيق وقال الشافعي يكره لأنه في معنى الذهب و
الفضة في التفاخر به قلنا ليس كذلك لأنه ما كان من عادتهم التفاخر بغير الذهب والفضة
قال ويجوز الشرب في الإناء المفضض عند أبي حنيفة رحمه الله والركوب على السرج المفضض والجلوس
على الكرسي المفضض والسرير المفضض إذا كان يتقي موضع الفضة ومعناه يتقي موضع الفم
وقيل هذا وموضع اليد في الأخذ وفي السرج والسرير موضع الجلوس وقال أبو يوسف رحمه الله
يكره ذلك وقول محمد رحمه الله

يروى مع أبي حنيفة رحمه الله ويروى مع أبي يوسف رحمه الله

وعلى هذا الخلاف الإناء المضبب بالذهب والفضة والكرسي
المضبب بهما وكذا إذا جعل ذلك في السيف والمشحذ وحلقة المرآة أو جعل المصحف مذهبا
أو مفضضا وكذا الاختلاف في اللجام والركاب والثفر إذا كان مفضضا وكذا الثوب فيه
كتابة بذهب أو فضة على هذا وهذا الاختلاف فيما يخلص وأما التمويه الذي لا يخلص لا بأس به
بالإجماع لهما أن مستعمل جزء من الإناء مستعمل جميع الأجزاء فيكره كما إذا استعمل موضع الذهب

والفضة ولأبي حنيفة رحه ان ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب ومسمار الذهب في الفص قال ومن ارسل اجيرا له مجوسيا او خادما فاشترى لحما فقال اشتريته من يهودي او نصراني او مسلم وسعه اكله لان قول الكافر مقبول في المعاملات لانه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة وقوع المعاملات وان كان غير ذلك لم يسعه ان ياكل منه معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم والعبد لانه لما قبل قوله في الحل اولى ان يقبل في الحرمة قال ويجوز ان يقبل في الهدية والاذن قول العبد والجارية والصبي لان الهدايا تبعث عادة على ايدي هؤلاء وكذا لا يمكنهم استصحاب الشهود على الاذن عند الضرب في الارض والمبايعة في السوق فلو لم يقبل قولهم يؤدي الى الحرج وفي الجامع الصغير جارية قالت لرجل بعثني مولاي اليك هدية وسعه ان ياخذها لانه لا فرق بينهما اذا اخبرت باهداء المولى غيرها او نفسها لما قلنا ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في اخبار الديانات الا العدل ووجه الفرق ان المعاملات يكثر وجودها فيما بين اجناس الناس ولو شرطنا شرطا زائدا يؤدي الى الحرج فيقبل قول الواحد فيها عدلا كان او فاسقا كافرا كان او مسلما عبدا او حرا ذكرا او انثى دفعا للحرج اما الديانات لا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات فجاز ان يشترط فيها زيادة شرط فلا يقبل الا قول المسلم العدل لان الفاسق متهم والكافر لا يلتزم الحكم فليس له ان يلزم المسلم بخلاف المعاملات لان الكافر لا يمكنه المقام في دارنا الا بالمعاملة ولا يتهيأ له المعاملة الا بعد قبول قوله فيها فكان فيه ضرورة ولا يقبل قول المستور في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رحه انه يقبل قوله فيها جريا على مذهبه انه يجوز القضاء به وفي ظاهر الرواية هو والفاسق سواء حتى يعتبر فيهما اكبر الرأي قال ويقبل فيها قول العبد والامة والحر اذا كانوا عدولا لان عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه فمن المعاملات ما ذكرناه ومنها التوكيل ومن الديانات الاخبار بنجاسة الماء حتى اذا اخبره مسلم مرضي لم يتوضأ به ويتيمم ولو كان المخبر فاسقا او مستورا تحرى فان كان اكبر رأيه انه صادق يتيمم ولا يتوضأ وان اراق الماء ثم تيمم كان احوط ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالاراقة واما التحري فمجرد ظن ولو كان اكبر رأيه انه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم لرجحان جانب الكذب بالتحري وهذا جواب الحكم فاما في الاحتياط يتيمم بعد الوضوء لما قلنا

ومنها

ومنها الحل والحرمة اذا لم يكن فيه زوال الملك وفيه تفاصيل وتفريعات ذكرناها في كفاية المنتهي قال ومن دعي الى وليمة او طعام فوجد فيها لعبا او غناء فلا باس بان ياكل وقال ابو حنيفة رحه ابتليت بهذا مرة وهذا لان اجابة الدعوة سنة قال النبي عليه الصلوة والسلام من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم فلا يتركها لما اقترن بها من البدعة من غيره كصلوة الجنازة واجبة الاقامة وان حضرتها نياحة فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر وهذا اذا لم يكن مقتدى فان كان مقتدى ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لان في ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين والمحكي عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى في الكتاب كان قبل ان يصير مقتدى وان كان ذلك على المائدة لا ينبغي ان يقعد وان لم يكن مقتدى لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل الحضور لا يحضر لانه لم يلزمه حق الدعوة بخلاف ما اذا هجم عليه لانه قد لزمه ودلت المسألة على ان الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب وكذا قول ابي حنيفة رحه ابتليت لان الابتلاء بالمحرم يكون

فصل في اللبس قال لا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن لبس الحرير والديباج وقال انما يلبسه من لا خلاق له في الاخرة وانما حل للنساء بحديث آخر وهو ما رواه عدة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم منهم علي رضي الله عنه ان النبي عليه الصلوة والسلام خرج وباحدى يديه حرير وبالاخرى ذهب وقال هذان حرامان على ذكور امتي حلالان لاناثهم ويروى حل لاناثهم الا ان القليل عفو ومقداره ثلث اصابع او اربع كالاعلام والمكفوف بالحرير لما روي انه صلى الله عليه وسلم نهى عن لبس الحرير الا موضع اصبعين او ثلث او اربع اراد الاعلام وعنه عليه السلام انه كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير قال ولا باس بتوسده والنوم عليه عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقالا يكره وفي الجامع الصغير ذكر قول محمد رحه وحده ولم يذكر قول ابي يوسف رحه وانما ذكره القدوري وغيره من المشايخ وكذا الاختلاف في ستر الحرير وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه على الابواب لهما العمومات ولانه من زي الاكاسرة والجبابرة والتشبه بهم حرام قال عمر رضي الله عنه اياكم وزي الاعاجم وله ما روي انه صلى الله عليه وسلم جلس على مرفقة حرير وقد كان على بساط عبد الله بن عباس رضي الله عنهما مرفقة حرير ولان القليل في الملبوس مباح كالاعلام فكذا القليل في اللبس والاستعمال والجامع كونه نموذجا على ما عرف قال ولا باس بلبس الحرير والديباج

في الحرب عندهما لما روى الشعبي رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم رخص في لبس الحرير
والديباج في الحرب ولان فيه ضرورة فان الخالص منه ادفع لمعرة السلاح واهيب
في عين العدو لبريقه ويكره عند ابي حنيفة رح لانه لا فصل فيما رويناه والضرورة اندفعت
بالمخلوط وهو الذي لحمته حرير وسداه غير ذلك والمحظور لا يباح الا لضرورة وما رواه
محمول على المخلوط قال ولا باس بلبس ما سداه حرير ولحمته غير ذلك كالقطن والخز
في الحرب وغيره لان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يلبسون الخز والخز مسدى بالحرير
ولان انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة دون السدى وقال
ابو يوسف رح اكره ثوب القز يكون بين الفرو والبطانة والظهارة ولا ارى
بحشو القز باسا لان الثوب ملبوس قال وما كان لحمته حريرا وسداه غير حرير لا باس
به في الحرب للضرورة ويكره في غيره لانعدامها والاعتبار للحمة لما بينا قال ولا يجوز
للرجال التحلي بالذهب لما روينا ولا بالفضة لانه في معناه الا بالخاتم والمنطقة
وحلية السيف من الفضة تحقيقا لمعنى النموذج والفضة اغنت عن الذهب اذ هما
من جنس واحد كيف وقد جاء في اباحة ذلك آثار وفي الجامع الصغير ولا يتختم الا
بالفضة وهذا نص على ان التختم بالحجر والحديد والصفر حرام وراى رسول الله صلى الله
عليه وسلم على رجل خاتم صفر فقال له مالي اجد منك رائحة الاصنام وراى على آخر خاتم
حديد فقال مالي ارى عليك حلية اهل النار ومن الناس من اطلق في الحجر الذي
يقال له يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق الجواب في الكتاب يدل على تحريمه
والتختم بالذهب على الرجال حرام لما روينا وعن علي رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم
نهى عن التختم بالذهب ولان الاصل فيه التحريم والاباحة ضرورة التختم او النموذج
وقد اندفعت بالادنى وهو الفضة والحلقة هي المعتبرة لان قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص
حتى يجوز ان يكون من حجر ويجعل الفص الى باطن كفه بخلاف النسوان لانه تزين في حقهن وانما
يتختم القاضي او السلطان لحاجته الى التختم فاما غيرهما فالافضل ان يتركه لعدم الحاجة
اليه قال ولا باس بمسمار الذهب يجعل في حجر الفص اي في ثقبه لانه تابع كالعلم في الثوب
ولا يعد لابسا له قال ولا تشد الاسنان بالذهب وتشد بالفضة وهذا عند ابي حنيفة
وقال محمد لا باس بالذهب ايضا وعن ابي يوسف مثل قول كل منهما لهما ان عرفجة

والحشو غير ملبوس م

ابن اسعد رضي الله عنه اصيب انفه يوم الكلاب فاتخذ انفا من فضة فانتن عليه فامره
(اسم ماء كانت به وقعة)
النبي صلى الله عليه وسلم بان يتخذ انفا من الذهب ولابي حنيفة رح ان الاصل فيه التحريم
والاباحة للضرورة وقد اندفعت بالفضة وهو الادنى فبقي الذهب على التحريم والضرورة
فيما روي لم تندفع في الانف دونه حيث انتن قال ويكره ان يلبس الذكور من الصبيان
الذهب والحرير لان التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم الالباس كالخمر لما حرم
شربه حرم سقيه قال وتكره الخرقة التي تحمل فيمسح بها العرق لانه نوع تجبر وتكبر وكذا التي
يمسح بها الوضوء او يمتخط بها وقيل اذا كان عن حاجة لا يكره وهو الصحيح وانما يكره اذا
كان عن تكبر فصار كالتربع في الجلوس قال ولا باس بان يربط الرجل في اصبعه او خاتمه
الخيط للحاجة ويسمى ذلك الرتم والرتيمة وذلك من عادة العرب قال قائلهم لا تنفعنك
اليوم ان همت بهم كثرة ما توصي وتعقاد الرتم وقد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
امر بعض اصحابه بذلك ولانه ليس بعبث لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكر عند النسيان

فصل في الوطء والنظر واللمس قال ولا يجوز للرجل ان ينظر الى الاجنبية الا الى وجهها
وكفيها لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها قال علي وابن عباس رضي
الله عنهم ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه والكف كما ان المراد من الزينة المذكورة
مواضعها ولان في ابداء الوجه والكف ضرورة لحاجتها الى المعاملة مع الرجال اخذا
واعطاء وغير ذلك وهذا تنصيص على انه لا يباح النظر الى قدمها وعن ابي حنيفة رح
انه يباح النظر الى ذراعها ايضا لانه قد يبدو ولان فيه منها عادة قال فان كان
لا يامن الشهوة لا ينظر الى وجهها الا لحاجة لقوله عليه السلام من نظر الى محاسن امراة اجنبية
عن شهوة صب في عينيه الآنك يوم القيمة فاذا خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة تحرزا
عن المحرم وقوله لا يامن يدل على انه لا يباح اذا شك في الاشتهاء كما اذا علم او كان اكبر
رايه ذلك ولا يحل له ان يمس وجهها ولا كفها وان كان يامن الشهوة لقيام المحرم
وانعدام الضرورة والبلوى بخلاف النظر لان فيه بلوى والمحرم قوله عليه السلام من مس كف امراة
ليس منها بسبيل وضع على كفه جمر يوم القيمة وهذا اذا كانت شابة تشتهى اما اذا كانت
عجوزا لا تشتهى فلا باس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة وقد روي ان ابا بكر
رضي الله عنه كان يدخل على بعض القبائل التي كان مسترضعا فيهم وكان يصافح العجائز وعبد الله بن الزبير

الزينة م

لان فيه بعض الضرورة وعن ابي يوسف انه يباح م

رضي الله عنه استأجر عجوزاً تمرضه وكانت تغمز رجله وتفلي رأسه وكذا إذا كان شيخاً
يأمن على نفسه وعليها لما قلنا وإن كان لا يأمن عليها أو منها لا تحل مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة
والصغيرة إذا كانت لا تشتهى يباح مسها والنظر إليها لعدم خوف الفتنة قال ويجوز للقاضي
إذا أراد أن يحكم عليها وللشاهد إذا أراد الشهادة عليها النظر إلى وجهها وإن خاف
أن يشتهي للحاجة إلى إحياء حقوق الناس بواسطة القضاء وأداء الشهادة ولكن ينبغي أن
يقصد به أداء الشهادة أو الحكم عليها لا قضاء الشهوة تحرزاً عما يمكنه التحرز عنه وهو قصد
القبيح وأما النظر لتحمل الشهادة إذا اشتهى قيل يباح والأصح أنه لا يباح لأنه يوجد
من لا يشتهي فلا ضرورة بخلاف حالة الأداء قال ومن أراد أن يتزوج امرأة فلا بأس
أن ينظر إليها وإن علم أنه يشتهيها لقوله صلى الله عليه وسلم فيه أبصرها فإنه أحرى أن يؤدم
بينكما ولأن مقصوده إقامة السنة لا قضاء الشهوة قال ويجوز للطبيب أن ينظر
إلى موضع المرض منها للضرورة وينبغي أن يعلم امرأة مداواتها لأن نظر الجنس إلى الجنس أسهل
فإن لم يقدروا يستر كل عضو منها سوى موضع المرض ثم ينظر ويغض بصره ما استطاع لأن ما ثبت بالضرورة
يتقدر بقدرها وصار كنظر الخافضة والختان وكذا يجوز للرجل أن ينظر إلى موضع الاحتقان
من الرجل لأنه مداواة ويجوز للمرض وكذا للهزال الفاحش على ما روي عن أبي يوسف رحمه الله
لأنه أمارة المرض قال وينظر الرجل من الرجل إلى جميع بدنه إلا إلى ما بين سرته إلى ركبته
لقوله عليه السلام عورة الرجل ما بين سرته إلى ركبته ويروى ما دون سرته حتى يجاوز
ركبته وبهذا يثبت أن السرة ليست بعورة خلافاً لما يقوله أبو عصمة والشافعي رحمه الله
والركبة عورة خلافاً للشافعي رحمه الله والفخذ عورة خلافاً لأصحاب الظواهر وما دون
السرة إلى منبت الشعر عورة خلافاً لما يقوله الإمام أبو بكر محمد بن الفضل الكماري رحمه الله
معتمداً فيه العادة لأنه لا معتبر بها مع النص بخلافه وقد روى أبو هريرة رضي الله
عن النبي عليه السلام أنه قال الركبة من العورة وأبدى الحسن بن علي رضي الله عنهما سرته فقبلها
أبو هريرة رضي الله عنه وقال عليه السلام لجرهد وار فخذك أما علمت ان الفخذ عورة ولان الركبة ملتقى عظم الفخذ والساق فاجتمع المحرم والمبيح وفي مثله يغلب المحرم صح وحكم
العورة في الركبة أخف منه في الفخذ وفي الفخذ أخف منه في السوأة حتى إن كاشف الركبة
ينكر عليه برفق وكاشف الفخذ يعنف عليه وكاشف السوأة يؤدب إن لج وما
يباح النظر للرجل من الرجل يباح المس لأنهما فيما ليس بعورة سواء قال ويجوز للمرأة

ان تنظر

أن تنظر من الرجل إلى ما ينظر الرجل إليه منه إذا أمنت الشهوة لاستواء الرجل والمرأة في النظر إلى ما ليس
بعورة كالثياب والدواب وفي كتاب الخنثى من الأصل أن نظر المرأة إلى الرجل الأجنبي بمنزلة
نظر الرجل إلى محارمه لأن النظر إلى خلاف الجنس أغلظ وإن كان في قلبها شهوة أو أكبر
رأيها أنها تشتهي أو شكت في ذلك يستحب لها أن تغض بصرها ولو كان الناظر
هو الرجل إليها وهو بهذه الصفة لم ينظر وهذا إشارة إلى التحريم ووجه الفرق
أن الشهوة عليهن غالبة وهو كالمتحقق اعتباراً فإذا اشتهى الرجل كانت الشهوة
موجودة من الجانبين ولا كذلك إذا اشتهت المرأة لأن الشهوة غير موجودة
من جانبه حقيقة واعتباراً فكانت من جانب واحد والمتحقق من الجانبين في الإفضاء
إلى المحرم أقوى من المتحقق في جانب واحد قال وتنظر المرأة من المرأة إلى ما يجوز
للرجل أن ينظر إليه من الرجل لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالباً كما في نظر
الرجل إلى الرجل وكذا الضرورة قد تحققت إلى الانكشاف فيما بينهن وعن أبي حنيفة رحمه الله
أن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى محارمه بخلاف نظرها إلى الرجل لأن الرجال
يحتاجون إلى زيادة الانكشاف للاشتغال بالأعمال والأول أصح قال وينظر
الرجل من أمته التي تحل له وزوجته إلى فرجها وهذا إطلاق في النظر إلى سائر بدنها عن
شهوة وغير شهوة والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم غض بصرك إلا عن
أمتك وامرأتك ولأن ما فوق ذلك من المسيس والغشيان مباح فالنظر أولى
لكن الأولى أن لا ينظر كل واحد منهما إلى عورة الآخر لقوله صلى الله عليه وسلم إذا أتى
أحدكم أهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير ولأن ذلك يورث النسيان
لورود الأثر وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول الأولى أن ينظر ليكون أبلغ في تحصيل معنى اللذة
قال وينظر الرجل من ذوات محارمه إلى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين
ولا ينظر إلى فخذها وظهرها وبطنها والأصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن
الآية والمراد والله أعلم مواضع الزينة وهي ما ذكر في الكتاب ويدخل في ذلك الساعد والأذن
والعنق والقدم لأن كل ذلك موضع الزينة بخلاف الظهر والفخذ والبطن لأنها ليست من مواضع
الزينة ولأن البعض يدخل على البعض من غير استئذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب
مهنتها عادة فلو حرم النظر إلى هذه المواضع أدى إلى الحرج وكذا الرغبة تقل للحرمة المؤبدة

فتعلق بالتشهي بخلاف ما وراءها لانها لا تنكشف عادة والمحرم من لا تجوز المناكحة بينه
وبينها على التأبيد بنسب كان او بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه وسواء
كانت المصاهرة بنكاح او سفاح في الاصح لما بيناه ولا باس ان يمس ما جاز ان
ينظر اليه منها لتحقق الحاجة الى ذلك في المسافرة وقلة الشهوة للمحرمية بخلاف وجه الاجنبية
وكفيها حيث لا يباح المس وان ابيح النظر لان الشهوة متكاملة الا اذا كان يخاف
عليها او على نفسه الشهوة فحينئذ لا ينظر ولا يمس لقوله صلى الله عليه وسلم العينان تزنيان
وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش وحرمة الزنا بذوات المحارم اغلظ
فيجتنب ولا باس بالخلوة والمسافرة لقوله صلى الله عليه وسلم لا تسافر المرأة فوق
ثلثة ايام ولياليها الا ومعها زوجها او ذو رحم محرم منها وقوله عليه السلام الا لا يخلون
رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد اذا لم يكن محرما فان احتاجت
الى الاركاب والانزال فلا باس بان يمسها من وراء ثيابها او يأخذ ظهرها وبطنها
دون ما تحتهما اذا امن الشهوة فان خافها على نفسه او عليها تيقنا او ظنا
او شكا فليجتنب ذلك بجهده ثم ان امكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك اصلا وان لم
يتكلف بالثياب كيلا تصيبه حرارة عضوها فان لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن
قلبه بقدر الامكان قال وينظر الرجل من مملوكة غيره الى ما يجوز ان ينظر اليه من ذوات
محارمه لانها تخرج لحوائج مولاها وتخدم اضيافه وهي في ثياب مهنتها فصار حالها خارج
البيت في حق الاجانب كحال المرأة داخله في حق محارمه الاقارب وكان عمر رضي الله عنه
اذا رأى جارية متقنعة علاها بالدرة وقال الق عنك الخمار يا دفار أتتشبهين
بالحرائر ولا يحل النظر الى ظهرها وبطنها خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل رحمه الله انه يباح الا الى ما
دون السرة الى الركبة لانه لا ضرورة كما في المحارم بل اولى لقلة الشهوة فيهن
وكمالها في الاماء ولفظ المملوكة ينتظم المدبرة والمكاتبة وام الولد لتحقق الحاجة و
المستسعاة كالمكاتبة عند ابي حنيفة رحمه الله على ما عرف واما الخلوة بها والمسافرة معها فقد قيل
يباح كما في المحارم وقد قيل لا يباح لعدم الضرورة وفي الاركاب والانزال اعتبر محمد رحمه الله
في الاصل الضرورة فيهن وفي ذوات المحارم مجرد الحاجة قال ولا باس ان يمس ذلك
اذا اراد الشراء وان خاف ان يشتهي كذا ذكره في المختصر واطلق ايضا في الجامع الصغير ولم يفصل

قال

قال مشايخنا رحمهم الله تعالى يباح النظر في هذه الحالة وان اشتهى للضرورة ولا يباح المس اذا
اشتهى او كان اكبر رأيه ذلك لانه نوع استمتاع وفي غير حالة الشراء يباح النظر والمس
بشرط عدم الشهوة قال واذا حاضت الامة لم تعرض في ازار واحد ومعناه بلغت وهذا
لما بينا ان الظهر والبطن منها عورة وعن محمد رحمه الله انها اذا كانت تشتهى ويجامع
مثلها فهي كالبالغة لا تعرض في ازار واحد لوجود الاشتهاء قال والخصي في النظر الى الاجنبية
كالفحل لقول عائشة رضي الله عنها الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله ولانه فحل يجامع
وكذا المجبوب لانه يسحق وينزل وكذا المخنث في الردي من الافعال لانه فحل فاسق
والحاصل انه يؤخذ فيه بمحكم كتاب الله المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص قال
ولا يجوز للمملوك ان ينظر من سيدته الا الى ما يجوز للاجنبي النظر اليه منها وقال مالك
هو كالمحرم وهو احد قولي الشافعي رحمه الله تعالى لقوله تعالى او ما ملكت ايمانهن ولان الحاجة
متحققة لجواز النكاح في الجملة والحاجة قاصرة لانه يعمل خارج البيت والمراد بالنص الاماء
قال سعيد بن جبير والحسن وغيرهما رضي الله عنهم لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث
دون الذكور قال ويعزل عن امته بغير اذنها ولا يعزل عن زوجته الا باذنها لانه عم
نهى عن العزل عن الحرة الا باذنها وقال لمولى امة اعزل عنها ان شئت ولان الوطي
حق الحرة قضاء للشهوة وتحصيلا للولد ولهذا تخير في الجب والعنة ولا حق للامة
في الوطي فلهذا لا ينقص حق الحرة بغير اذنها ويستبد به المولى ولو كان تحته امة غيره فقد
ذكرناه في النكاح فصل في الاستبراء وغيره قال ومن اشترى جارية فانه لا يقربها
ولا يمسها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم
في سبايا اوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة
افاد وهذا وجوب الاستبراء على المولى ودل على السبب في المسبية وهو استحداث الملك
واليد لانه هو الموجود في مورد النص وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم
صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة
الشغل او توهم الشغل بماء محترم وهو ان يكون الولد ثابت النسب ويجب على المشتري
لا على البائع لان العلة الحقيقية ارادة الوطي والمشتري هو الذي يريده دون
البائع فيجب عليه غير ان الارادة امر باطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطي

والتمكن انما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وادير الحكم عليه تيسيرا وكان السبب
استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد وتعدى الحكم الى سائر اسباب الملك كالشراء والهبة
والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك وكذلك يجب على المشتري من مال الصبي ومن المرأة
والمملوك وممن لا يحل له وطؤها وكذلك اذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق السبب
فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل وكذا لا يجتزى بالحيضة التي اشتراها في اثنائها ولا بالحيضة
حاضتها بعد الشراء او غيره من اسباب الملك قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض
خلافا لابي يوسف رحمه الله لان السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب وكذا
لا يجتزى بالحاصل قبل الاجازة في بيع الفضولي وان كانت في يد المشتري ولا بالحاصل
بعد القبض في الشراء الفاسد قبل ان يشتريها شراء صحيحا لما قلنا ويجب في جارية للمشتري
فيها شقص فاشترى الباقي لان السبب قد تم الآن فالحكم يضاف الى تمام العلة ويجتزى
بالحيضة التي حاضتها بعد القبض وهي مجوسية او مكاتبة بان كاتبها بعد الشراء
ثم اسلمت المجوسية وعجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب وهو استحداث الملك واليد
اذ هو مقتض للحل والحرمة لمانع كما في حالة الحيض ولا يجب الاستبراء اذا رجعت الآبقة
او ردت المغصوبة او المؤاجرة او فكت المرهونة لانعدام السبب وهو استحداث
الملك واليد وهو سبب متعين فادير الحكم عليه وجودا وعدما ولها نظائر كثيرة كتبناها
في كفاية المنتهي فاذا ثبت وجوب الاستبراء وحرم الوطئ حرم الدواعي لافضائها
اليه او لاحتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع
بخلاف الحائض حيث لا تحرم الدواعي فيها لانه لا يحتمل الوقوع في غير الملك ولانه زمان
نفرة فالاطلاق في الدواعي لا يفضي الى الوطئ والرغبة في المشتراة قبل الدخول اصدق
الرغبات فيفضي اليه ولم يذكر الدواعي في المسبية وعن محمد انها لا تحرم لانها لا يحتمل
وقوعها في غير الملك لانه لو ظهر بها حبل لا يصح دعوة الحربي بخلاف المشتراة على ما بيناه والاستبراء
في الحامل بوضع الحمل لما روينا وفي ذوات الاشهر بالشهر لانه اقيم في حق مقام
الحيض كما في المعتدة واذا حاضت في اثنائه بطل الاستبراء بالايام للقدرة على الاصل
قبل حصول المقصود بالبدل كما في العدة واذا ارتفع حيضها تركها حتى اذا تبين انها
ليست بحامل وقع عليها وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية وقيل يتبين بشهرين او ثلاثة وعن محمد

اربعة اشهر وعشر وعنه شهران وخمسة ايام اعتبارا بعدة الحرة والامة في الوفاة وعن زفر
رحمه الله سنتان وهو رواية عن ابي حنيفة قال ولا بأس بالاحتيال لاسقاط الاستبراء
عند ابي يوسف خلافا لمحمد رحمه الله وقد ذكرنا الوجهين في الشفعة والمأخوذ في الشفعة
قول رحمه الله فيما اذا علم ان البائع لم يقربها في طهرها ذلك وقول محمد رحمه الله فيما اذا قربها
والحيلة فيما اذا لم يكن تحت المشتري حرة ان يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها ولو كانت
ولو كانت تحته حرة فالحيلة ان يزوجها البائع قبل الشراء او المشتري قبل القبض ممن يوثق به ثم يشتريها
ويقبضها او يقبضها ثم يطلق الزوج لان عند وجود السبب وهو استحداث الملك
المؤكد بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب الاستبراء وان حل بعد ذلك لان المعتبر
اوان وجود السبب كما اذا كانت معتدة الغير قال ولا يقرب المظاهر ولا يلمس
ولا يقبل ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يكفر لانه لما حرم الوطئ الى ان يكفر حرم الدواعي
لافضائها اليه لان الاصل ان سبب الحرام حرام كما في الاعتكاف والاحرام وفي المنكوحة اذا
وطئت بشبهة بخلاف حالة الحيض والصوم لان الحيض يمتد شطر عمرها والصوم يمتد شهرا فرضا واكثر
العمر نفلا ففي المنع عنها بعض الحرج ولا كذلك ما عددناها لقصور مددها وقد صح ان النبي عليه السلام
كان يقبل وهو صائم ويضاجع نساءه وهن حيض قال ومن له امتان اختان فقبلهما
بشهوة فانه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر الى فرجها بشهوة
حتى يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها واصل هذا ان الجمع بين الاختين المملوكتين
لا يجوز وطئا لاطلاق قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين ولا يعارض بقوله او ما ملكت ايمانكم
لان الترجيح للمحرم وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي لاطلاق النص ولان الدواعي الى الوطئ بمنزلة
الوطئ في التحريم على ما مهدناه من قبل فاذا قبلهما فكانه وطئهما ولو وطئهما ليس له ان يجامع
احديهما ولا ان يأتي بالدواعي فيهما وكذا اذا قبلهما وكذا اذا مسهما بشهوة او نظر
الى فرجهما بشهوة لما بينا الا ان يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها لانه لما حرم
عليه فرجها لم يبق جامعا وقوله بملك اراد به ملك اليمين فينتظم التمليك بسائر اسبابه
بيعا او غيره وتمليك الشقص فيه كتمليك الكل لان الوطئ يحرم به وكذا اعتاق البعض من احديهما
كاعتاق كلها وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا لثبوت حرمة الوطئ بذلك كله ورهن
احديهما واجارتها وتدبيرها لا يحل الاخرى لانها لا تخرج بها عن ملكه وقوله او نكاح اراد به النكاح الصحيح

اما اذا زوج احديهما نكاحا فاسدا لا يباح له وطي الاخرى الا ان يدخل الزوج بها
لانه تجب العدة عليها والعدة كالنكاح الصحيح في التحريم ولو وطي احديهما حل له وطي الموطوءة
دون الاخرى لانه يصير جامعا بوطي الاخرى لا بوطي الموطوءة وكل امرأتين لا يجوز
الجمع بينهما نكاحا فيما ذكرناه بمنزلة الاختين قال ويكره ان يقبل الرجل فم الرجل او يده او
منه او يعانقه وذكر الطحاوي رح ان هذا قول ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا باس
بالتقبيل والمعانقة لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم عانق جعفرا رضه حين قدم من الحبشة
وقبل بين عينيه ولهما ما روي انه صلى الله عليه وسلم نهى عن المكامعة وهي المعانقة وعن المكاعمة
وهي التقبيل وما رواه محمول على ما قبل التحريم قالوا الخلاف في المعانقة في ازار واحد اما اذا كان
عليه قميص او جبة لا باس به بالاجماع وهو الصحيح قال ولا باس بالمصافحة لانه هو المتوارث
وقال صلى الله عليه وسلم من صافح اخاه المسلم وحرك يده تناثرت ذنوبه
فصل في البيع قال لا باس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة وقال الشافعي رح لا يجوز
بيع السرقين ايضا لانه نجس العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ ولنا انه منتفع
لانه يلقى في الاراضي لاستكثار الريع فكان مالا والمال محل البيع بخلاف العذرة لانه
لا ينتفع به مخلوطا ويجوز بيع المخلوط وهو المروي عن محمد رح وهو الصحيح وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط
لا بغير المخلوط في الصحيح والمخلوط بمنزلة زيت خالطه النجس قال ومن علم لجارية انها
لرجل ثم رأى آخر يبيعها فقال وكلني صاحبها ببيعها فانه يسعه ان يبتاعها ويطأها
لانه اخبر بخبر صحيح لا منازع له وقول الواحد في المعاملات مقبول على اي وصف كان لما مر
من قبل وكذا اذا قال اشتريتها منه او وهبها لي او تصدق بها علي لما قلنا وهذا اذا كان
ثقة وكذا ان كان غير ثقة واكبر رأيه انه صادق لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة
للحاجة على ما مر وان كان اكبر رأيه انه كاذب لا ينبغي ان يتعرض لشيء من ذلك لان اكبر الرأي
يقام مقام اليقين وكذا اذا لم يعلم انها لفلان ولكن اخبره صاحب اليد انها لفلان
وانه وكله ببيعها او اشتراها منه والمخبر ثقة قبل قوله وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الرأي
لان اخباره حجة في حقه وان لم يخبر صاحب اليد بشيء فان كان عرفها للاول لم يشترها
حتى يعلم انتقالها الى ملك الثاني لان يد الاول دليل ملكه وان كان لا يعرف ذلك له ان
يشتريها وان كان ذو اليد فاسقا لان اليد دليل الملك في حق الفاسق والعدل ولم يعارضه

معارض

معارض ولا معتبر باكبر الرأي عند وجود الدليل الظاهر الا ان يكون مثله لا يملك مثل ذلك فحينئذ يستحب
له ان يتنزه ومع ذلك لو اشتراها يرجى ان يكون في سعة من ذلك لاعتماده الدليل الشرعي وان
كان الذي اتاه بها عبدا او امة لم يقبلها ولم يشترها حتى يسأل لان المملوك لا ملك له فيعلم ان
الملك فيه لغيره فان اخبره ان مولاه اذن له وهو ثقة قبل قوله وان لم يكن
ثقة يعتبر اكبر الرأي وان لم يكن له رأي لم يشترها لقيام الحاجر فلا بد من دليل قال ولو ان
امرأة اخبرها ثقة ان زوجها الغائب مات عنها او طلقها ثلثا او كان غير ثقة واتاها بكتاب
من زوجها بالطلاق ولا تدري انه كتابه ام لا الا ان اكبر رأيها انه حق يعني بعد التحري فلا باس بان
تعتد ثم تتزوج لان القاطع طارئ ولا منازع وكذا لو قالت لرجل طلقني زوجي وانقضت عدتي
فلا باس ان يتزوجها وكذا اذا قالت المطلقة الثلث انقضت عدتي وتزوجت بزوج آخر
ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدتي فلا باس بان يتزوجها الزوج الاول اذا كانت المدة تحتمل
ذلك وكذا لو قالت جارية كنت امة لفلان فاعتقني لان القاطع طارئ ولو اخبرها مخبر ان اصل
النكاح كان فاسدا او كان الزوج حين تزوجها مرتدا او اخاها من الرضاعة لم يقبل قوله حتى يشهد
بذلك رجلان او رجل وامرأتان وكذا ان اخبره مخبر انك تزوجتها وهي مرتدة او اختك
من الرضاعة لم يتزوج باختها واربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لانه اخبر بفساد مقارن والاقدام
على العقد يدل على صحته وانكار فساده فيثبت المنازع بالظاهر بخلاف ما اذا كانت المنكوحة صغيرة
فاخبر الزوج انها ارتضعت من امه او اخته حيث يقبل قول الواحد فيه لان القاطع طارئ والاقدام
الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع فافترقا وعلى هذا الحرف يدور الفرق قال ولو
كانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في يد رجل يدعي انها له فلما كبرت لقيها رجل
في بلد آخر فقالت انا حرة الاصل لم يسعه ان يتزوجها لتحقق المنازع وهو ذو اليد بخلاف
ما تقدم قال واذا باع المسلم خمرا واخذ ثمنها وعليه دين فانه يكره لصاحب الدين ان ياخذ
منه وان كان البائع نصرانيا فلا باس به والفرق ان البيع في الوجه الاول قد بطل لان
الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري فلا يحل له ان ياخذه من البائع وفي الوجه
الثاني صح البيع لانه مال متقوم في حق الذمي فملكه البائع فيحل الاخذ منه قال ويكره الاحتكار في
اقوات الآدميين والبهائم اذا كان ذلك في بلد يضر الاحتكار باهله وكذلك التلقي فاما اذا كان لا يضر فلا باس
به والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم الجالب مرزوق والمحتكر ملعون وفي رواية التاجر ينتظر

فلا باس به

الرزق والمحتكر ينتظر اللعنة وفي الامتناع عن البيع ابطال حقهم وتضييق الامر عليهم فيكره اذا كان
يضربهم ذلك بان كانت البلدة صغيرة بخلاف ما اذا لم يضر بان كان المصر كبيرا لانه حابس
ملكه من غير اضرار بغيره وكذا التلقي على هذا التفصيل لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن تلقي الجلب
وعن تلقي الركبان قالوا هذا اذا لم يلبس المتلقي على التجار سعر البلدة فان لبس فهو مكروه في الوجهين
لانه غادر بهم وتخصيص الاحتكار بالاقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت قول ابي حنيفة رحمه الله
وقال ابو يوسف ره كل ما اضر بالعامة حبسه فهو احتكار وان كان ذهبا او فضة او ثوبا وعن محمد ره
انه قال لا احتكار في الثياب فابو يوسف ره اعتبر حقيقة الضرر اذ هو المؤثر في الكراهة
وابو حنيفة ره اعتبر الضرر المعهود المتعارف ثم المدة اذا قصرت لا يكون احتكارا لعدم الضرر
واذا طالت يكون احتكارا مكروها لتحقق الضرر ثم قيل هي مقدرة باربعين يوما لقوله صلى الله
عليه وسلم من احتكر طعاما اربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقيل بالشهر
لان ما دونه قليل عاجل والشهر وما فوقه كثير آجل وقد مر في غير موضع ويقع التفاوت
في المأثم بين ان يتربص العزة وبين ان يتربص القحط والعياذ بالله وقيل المدة للمعاقبة
في الدنيا اما يأثم وان قلت المدة والحاصل ان التجارة في الطعام غير محمودة قال
ومن احتكر غلة ضيعته او ما جلبه من بلد آخر فليس بمحتكر اما الاول فلانه خالص حقه لم
يتعلق به حق العامة الا ترى ان له ان لا يزرع فكذا له ان لا يبيع واما الثاني
فالمذكور قول ابي حنيفة رضي الله عنه لان حق العامة انما يتعلق بما جمع في المصر وجلب الى فنائها
وقال ابو يوسف ره يكره لاطلاق ما روينا وقال محمد ره كل ما يجلب منه الى المصر
في الغالب فهو بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار فيه لتعلق حق العامة بخلاف ما اذا كان البلد
بعيدا لم تجر العادة بالحمل منه الى المصر لانه لم يتعلق به حق العامة قال ولا ينبغي
للسلطان ان يسعر على الناس لقوله صلى الله عليه وسلم لا تسعروا فان الله هو
المسعر القابض الباسط الرازق ولان الثمن حق العاقد فاليه تقديره فلا ينبغي للامام
ان يتعرض لحقه الا اذا تعلق به دفع ضرر العامة على ما نبين واذا رفع الى القاضي
هذا الامر يأمر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته وقوت اهله على اعتبار السعة في ذلك
وينهاه عن الاحتكار فاذا رفع اليه مرة اخرى حبسه وعزره على ما يرى زجرا له
ودفعا للضرر عن الناس فان كان ارباب الطعام يتحكمون ويتعدون عن القيمة تعديا

فاحشا

فاحشا وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين الا بالتسعير فحينئذ لا بأس به
بمشورة من اهل الرأي والبصر فاذا فعل ذلك وتعدى رجل عن ذلك وباع باكثر
منه اجازه القاضي وهذا ظاهر عند ابي حنيفة ره لانه لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما الا ان يكون الحجر على قوم باعيانهم ومن
باع منهم بما قدره الامام صح لانه غير مكره على البيع وهل يبيع القاضي على المحتكر طعامه
من غير رضاه قيل هو على الاختلاف عرف في بيع مال المديون وقيل يبيع بالاتفاق لان
ابا حنيفة ره يرى الحجر لدفع الضرر العام وهذا كذلك قال ويكره بيع السلاح في ايام
الفتنة معناه ممن يعرف انه من اهل الفتنة لانه تسبيب الى المعصية وقد بيناه في السير
وان كان لا يعرف انه من اهل الفتنة لا بأس بذلك لانه يحتمل ان لا يستعمله في الفتنة فلا يكره
بالشك قال ولا بأس ببيع العصير ممن يعلم انه يتخذه خمرا لان المعصية لا تقام بعينه بل بعد
تغيره بخلاف بيع السلاح في ايام الفتنة لان المعصية تقوم بعينه قال ومن آجر بيتا ليتخذ
فيه بيت نار او كنيسة او بيعة او يباع فيه الخمر بالسواد فلا بأس به وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه
وقالا لا ينبغي ان يكريه لشيء من ذلك لانه اعانة على المعصية وله ان الاجارة ترد على
منفعة البيت ولهذا يجب الاجر بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستاجر وهو
مختار فيه فقطع نسبته عنه وانما قيده بالسواد لانهم لا يمكنون من اتخاذ البيع والكنائس
واظهار بيع الخمور والخنازير في الامصار لظهور شعائر الاسلام فيها بخلاف السواد قالوا هذا كان
في سواد الكوفة لان غالب اهلها اهل الذمة فاما في سوادنا فاعلام الاسلام فيها ظاهرة
فلا يمكنون فيها ايضا وهو الصحيح ومن حمل لذمي خمرا فانه يطيب له الاجر عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يكره له لانه اعانة على المعصية وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم لعن في الخمر عشرا حاملها
والمحمول اليه وله ان المعصية في شربها وهو فعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات
الحمل فلا يقصد به والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية ولا بأس ببيع بناء بيوت
مكة ويكره بيع ارضها وهذا عند ابي حنيفة ره وقالا لا بأس ببيع ارضها ايضا وهو رواية
عن ابي حنيفة ره لانها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها كالبناء ولابي حنيفة ره قوله عم
مكة حرام لا يباع رباعها ولا تورث ولانها حرة محترمة لانها فناء الكعبة وقد ظهر اثر التعظيم
فيها حتى لا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها فكذا في حق البيع بخلاف البناء لانه خالص
ملك الباني ويكره اجارتها لقوله صلى الله عليه وسلم من آجر ارض مكة فكانما اكل الربوا ولان اراضي مكة

تسمى السوائب على عهد النبي صلى الله عليه وسلم من احتاج اليها سكنها ومن استغنى عنها
اسكن غيره قال ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه ما شاء يكره له ذلك لانه
ملكه قرضا جر به نفعا وهو ان يأخذ منه ما شاء حالا فحالا ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن قرض جر نفعا وينبغي ان يستودعه ثم يأخذ منه ما شاء جزءا فجزءا لانه وديعة
وليس بقرض حتى لو هلك لا شيء على الآخذ فصل في مسائل متفرقة ويكره التعشير
والنقط في المصحف لقول ابن مسعود رضي الله عنه جردوا القرآن ويروى جردوا المصاحف
وفي التعشير والنقط ترك التجريد ولان التعشير يخل بحفظ الآي والنقط يخل بحفظ الاعراب
اتكالا عليه فيكره قالوا في زماننا لا بد للعجم من دلالة فترك ذلك اخلال بالحفظ وهجران
القرآن فيكون حسنا قال ولا بأس بتحلية المصحف لما فيه من تعظيمه وصار كنقش المسجد وتزيينه
بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل قال ولا بأس بان يدخل اهل الذمة المسجد الحرام وقال
الشافعي رح يكره ذلك وقال مالك رح يكره في كل مسجد للشافعي رح قوله تعالى انما المشركون
نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا ولان الكافر لا يخلو عن جنابة لانه لا يغتسل اغتسالا
يخرجه عنها والجنب يجنب المسجد وبهذا يحتج مالك رحمه الله والتعليل بالنجاسة عام
فينتظم المساجد كلها ولنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم انزل وفد ثقيف في
مسجده وهم كفار ولان الخبث في اعتقاده فلا يؤدي الى تلويث المسجد والآية
محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء او طائفين عراة كما كانت عادتهم في الجاهلية
قال ويكره استخدام الخصيان لان الرغبة في استخدامهم حث الناس على هذا الصنيع
وهو مثلة محرمة قال ولا بأس بخصاء البهائم وانزاء الحمير على الخيل لان في الاول منفعة
البهيمة والناس وقد صح ان النبي عم ركب البغلة فلو كان هذا الفعل حراما لما ركبه
لما فيه من فتح بابه قال ولا بأس بعيادة اليهودي والنصراني لانه نوع بر في حقهم
وما نهينا عن ذلك وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم عاد يهوديا مرض بجواره قال
ويكره ان يقول الرجل في دعائه اسألك بمعقد العز من عرشك وللمسألة عبارتان
هذه ومقعد العز ولا ريب في كراهة الثانية لانه من القعود وكذا الاول لانه يوهم تعلق
عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم وعن ابي يوسف رح انه لا بأس به
وبه اخذ الفقيه ابو الليث رح لانه مأثور عن النبي عم روي انه كان في دعائه اللهم اني اسألك

بمعقد العز

من عرشك

بمعقد العز ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامة
ولكنا نقول هذا خبر واحد فكان الاحتياط في الامتناع ويكره في دعائه بحق فلان او بحق
انبيائك ورسلك لانه لا حق للمخلوق على الخالق قال ويكره اللعب بالنرد والشطرنج و
والاربعة عشر وكل لهو لانه ان قامر بها فالميسر حرام بالنص وهو اسم لكل قمار وان لم
يقامر فهو عبث ولهو وقال النبي صلى الله عليه وسلم لهو المؤمن باطل الا الثلث تأديبه لفرسه
ومناضلته عن قوسه وملاعبته مع اهله وقال بعض الناس اباح اللعب بالشطرنج لما فيه
من تشحيذ الخواطر وتذكية الافهام وهو محكي عن الشافعي رح ولنا قوله عم من لعب بالشطرنج
والنردشير فكأنما غمس يده في لحم الخنزير ودم الخنزير ولانه نوع لعب يصد عن ذكر الله تعالى وعن الجمع
والجماعات فيكون حراما لقوله صلى الله عليه وسلم ما ألهاك عن ذكر الله تعالى فهو ميسر
ثم ان قامر به تسقط عدالته وان لم يقامر لا تسقط لانه متأول فيه وكره ابو يوسف رح ومحمد رح التسليم
عليهم تحذيرا لهم ولم ير ابو حنيفة رح به بأسا ليشغلهم عما هم فيه قال ولا بأس بقبول هدية
العبد التاجر واجابة دعوته واستعارة دابته ويكره كسوته الثوب وهديته الدراهم
والدنانير وهذا استحسان وفي القياس كل ذلك باطل لانه تبرع والعبد ليس من اهله
وجه الاستحسان انه صلى الله عليه وسلم قبل هدية سلمان رضي الله عنه حين كان عبدا وقبل
هدية بريرة رضي الله عنها وكانت مكاتبة واجاب رهط من الصحابة رضي الله تعالى عنهم
دعوة ابي سعيد مولى ابي اسيد وكان عبدا ولان في هذه الاشياء ضرورة لا يجد
التاجر بدا منها ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته ولا ضرورة في الكسوة واهداء
الدراهم فبقي على اصل القياس قال ومن كان في يده لقيط لا اب له فانه يجوز قبضه الهبة و
الصدقة له واصل هذا ان التصرف على الصغار انواع نوع هو من باب الولاية
لا يملكه الا من هو ولي كالانكاح والشراء والبيع لاموال القنية لان الولي هو الذي قام مقامه
بانابة الشرع ونوع آخر ما كان من ضرورة حال الصغار وهو شراء ما لا بد للصغير منه و
بيعه واجارة الاظآر وذلك جائز ممن يعوله وينفق عليه كالاخ والعم والام والملتقط
اذا كان في حجرهم واذا ملك هؤلاء هذا النوع فالولي اولى به الا انه لا يشترط في حق الولي
ان يكون الصبي في حجره ونوع ثالث ما هو نفع محض كقبول الهبة والصدقة والقبض فهذا يملكه
الملتقط والاخ والعم والصبي بنفسه اذا كان يعقل لان اللائق بالحكمة فتح باب مثله

ان تحرر الصبي فيملك بالعقل والولاية والحجر وصار بمنزلة الانفاق قال ولا يجوز للملتقط ان
يؤاجره ويجوز للام ان تؤاجر ابنها اذا كان في حجرها ولا يجوز ذلك للعم لان الام تملك
اتلاف منافعه باستخدام ولا كذلك الملتقط والعم ولو آجر الصبي نفسه لا يجوز لانه مشوب
بالضرر الا اذا فرغ من العمل لان عند ذلك تمحض نفعا فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور يؤاجر نفسه
وقد ذكرناه قال ويكره ان يجعل الرجل في عنق عبده الراية ويروى الداية وهو طوق الحديد
الذي يمنعه من ان يحرك رأسه وهو معتاد بين الظلمة لانه عقوبة اهل النار فيكره كالاحراق
بالنار ولا يكره ان يقيده لانه سنة المسلمين في السفهاء واهل الدعارة ولا يكره في العبد
تحرزا عن اباقه وصيانة لماله قال ولا بأس بالحقنة يريد به التداوي لان التداوي مباح بالاجماع
وقد ورد باباحته الحديث ولا فرق بين الرجال والنساء الا انه لا ينبغي ان يستعمل المحرم
كالخمر ونحوها لان الاستشفاء بالمحرم حرام قال ولا بأس برزق القاضي لانه صلى الله
عليه وسلم بعث عتاب بن اسيد الى مكة وفرض له وعليا رضي الله عنهما الى اليمن وفرض له
ولانه محبوس لحق المسلمين فتكون نفقته في مالهم وهو مال بيت المال وهذا لان الحبس من اسباب
النفقة كما في الوصي والمضارب اذا سافر بمال المضاربة وهذا فيما يكون كفاية
فان كان شرطا فهو حرام لانه استئجار على الطاعة اذ القضاء طاعة بل هو افضلها ثم
القاضي اذا كان فقيرا فالافضل بل الواجب الاخذ لانه لا يمكنه اقامة فرض القضاء
الا به اذ الاشتغال بالكسب يقعده عن اقامته وان كان غنيا فالافضل
الامتناع على ما قيل رفقا ببيت المال وقيل الاخذ وهو الاصح صيانة للقضاء
عن الهوان ونظرا لمن يولى بعده من المحتاجين لانه اذا انقطع زمانا يتعذر اعادته
ثم تسميته رزقا يدل على انه بقدر الكفاية وقد جرى الرسم باعطائه في اول السنة
لان الخراج يؤخذ في اول السنة وهو يعطى منه وفي زماننا الخراج يؤخذ في آخر
السنة والمأخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح ولو استوفى رزق سنة وعزل
قبل استكمالها قيل هو على اختلاف معروف في نفقة المرأة اذا ماتت في السنة بعد تعجيل
نفقة السنة والاصح انه يجب الرد قال ولا بأس بان تسافر الامة وام الولد بغير محرم
لان الاجانب في حق الاماء فيما يرجع الى النظر والمس بمنزلة المحارم على ما ذكرنا من قبل وام
الولد امة لقيام الملك فيها وان امتنع بيعها

كتاب احياء الموات

كتاب احياء الموات قال الموات ما لا ينتفع به من الاراضي لانقطاع الماء عنه
او لغلبة الماء عليه او ما اشبه ذلك مما يمنع الزراعة سمي بذلك لبطلان الانتفاع به
قال فما كان منها عاديا لا مالك له او كان مملوكا في الاسلام الا انه لا يعرف له مالك بعينه
وهو بعيد من القرية بحيث اذا وقف انسان في اقصى العامر فصاح لا يسمع الصوت فيه فهو موات
قال رضي الله عنه هكذا ذكره القدوري رحمه الله ومعنى العادي ما قدم خرابه والمروي
عن محمد رحمه الله انه يشترط ان لا يكون مملوكا لمسلم او ذمي مع انقطاع الارتفاق بها ليكون ميتة
مطلقا فاما التي هي مملوكة لمسلم او ذمي لا تكون مواتا واذا لم يعرف مالكه يكون لجماعة المسلمين
ولو ظهر مالك يرد عليه ويضمن الزارع نقصانها والبعد عن القرية على ما قال شرطه ابو يوسف
رحمه الله لان الظاهر ان ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق اهلها عنه فيدار الحكم عليه و
محمد رحمه الله اعتبر ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية كذا ذكره الامام المعروف
بخواهر زاده وشمس الائمة السرخسي رحمهما الله اعتمد على ما اختاره ابو يوسف رحمه الله ثم من احياه
باذن الامام ملكه وان احياه بغير اذنه لم يملكه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يملكه لقوله عليه السلام
من احيا ارضا ميتة فهي له ولانه مال مباح سبقت يده اليه فيملكه كما في الحطب والصيد
ولابي حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه وما روياه يحمل على انه اذن
لقوم لا نصب شرع ولانه مغنوم لوصوله الى يد المسلمين بايجاف الخيل والركاب فليس لاحد ان
يختص به دون اذن الامام كما في سائر الغنائم ويجب فيه العشر لان ابتداء توظيف الخراج
على المسلم لا يجوز الا اذا سقاه بماء الخراج لانه حينئذ يكون ابقاء الخراج على اعتبار الماء فلو احياها
ثم تركها فزرعها غيره فقد قيل الثاني احق والاصح ان الاول ينزعها من الثاني لانه ملكها بالاحياء
على ما نطق به الحديث اذ الاضافة فيه بلام التمليك وملكه لا يزول بالترك ومن احيا ارضا ميتة
ثم احاط الاحياء بجوانبها الاربعة من اربعة نفر على التعاقب وعن محمد رحمه الله ان طريق الاول
في الارض الرابعة لتعينها لتطرقه وقصد الرابع ابطال حقه قال ويملك الذمي بالاحياء كما يملكه
المسلم لان الاحياء سبب الملك الا ان عند ابي حنيفة رحمه الله اذن الامام من شرطه فيستويان فيه كما في سائر
اسباب الملك حتى الاستيلاء على اصلنا قال ومن حجر ارضا ولم يعمرها ثلاث سنين اخذها الامام ودفعها
الى غيره لان الدفع الى الاول كان ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر او الخراج فاذا لم تحصل
يدفعها الى غيره تحصيلا للمقصود ولان التحجير ليس باحياء ليملكه به لان الاحياء انما هو العمارة والتحجير الاعلام

الثاني احق بها لان الاول ملك استغلالها لا رقبتها فاذا تركها كان الثاني احق بها صح

سمي به لانهم كانوا يعلمونه بوضع الاحجار حوله او يعلمونه لحجر غيرهم عن احيائه فبقي غير مملوك
كما كان هو الصحيح وانما ترك ثلاث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق ولانه اذا اعلمه
لا بد من زمان يرجع فيه الى وطنه وزمان يهيئ اموره فيه ثم زمان يرجع الى ما يحجره فقدرناه
بثلث سنين لان ما دونها من الساعات والشهور والايام لا تفي بذلك وان لم يحضر بعد انقضائها
فالظاهر انه تركها قالوا هذا كله ديانة فاما اذا احياها غيره قبل مضي هذه المدة ملكها لتحقق
الاحياء منه دون الاول وصار كالاستيام فانه يكره ولو فعل يجوز العقد ثم التحجير قد يكون
بغير الحجر بان غرز حولها اغصانا يابسة او نقى الارض واحرق ما فيها من الشوك او حصد
ما فيها من الحشيش او الشوك وجعلها حولها وجعل التراب عليها من غير ان يتم المسناة ليمنع الناس
من الدخول او حفر من بئر ذراعا او ذراعين وفي الاخير ورد الخبر ولو كربها وسقاها فعن محمد رحمه الله
انه احياء ولو فعل احدهما يكون تحجيرا ولو حفر انهارها ولم يسقها يكون تحجيرا وان سقاها مع حفر
الانهار كان احياء لوجود الفعلين ولو حوطها وسنمها بحيث يعصم الماء يكون احياء
لانه من جملة البناء وكذا اذا بذرها قال ولا يجوز احياء ما قرب من العامر ويترك مرعى لاهل
القرية ومطرحا لحصائدهم لتحقق حاجتهم اليها حقيقة او دلالة على ما بيناه فلا يكون مواتا
لتعلق حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر وعلى هذا قالوا لا يجوز للامام ان يقطع ما لا غنى للمسلمين
عنه كالملح والابار التي يستقي الناس منها لما ذكرنا قال ومن حفر بئرا في برية فله حريمها ومعناه اذا
حفر في الارض الموات باذن الامام عنده او باذنه او بغير اذنه عندهما لان حفر البئر احياء
قال فان كانت للعطن فحريمها اربعون ذراعا لقوله صلى الله عليه وسلم من حفر بئرا فله مما
حولها اربعون ذراعا عطنا لماشيته ثم قيل الاربعون من كل الجوانب والصحيح انه من كل جانب
لان في الاراضي ما يكون رخوة ويتحول الماء الى ما حفر دونها وان كانت للناضح فحريمها ستون ذراعا
وهذا عندهما وعند ابي حنيفة رحمه الله اربعون ذراعا لهما قوله صلى الله عليه وسلم حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن اربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون
ذراعا ولانه يحتاج فيه الى ان يسير دابته للاستقاء وقد يطول الرشاء وبئر العطن للاستقاء
منه بيده فقلت الحاجة فلا بد من التفاوت وله ما روينا من غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به اولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به ولان القياس يابى
استحقاق الحريم لان عمله في موضع الحفر والاستحقاق به ففيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما
تعارضا فيه حفظناه ولانه قد يستقى من بئر العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت
الحاجة فيهما ويمكنه ان يدير البعير حول البئر فلا يحتاج الى زيادة مسافة قال وان كانت

وحريم بئر العطن اربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا

عينا

عينا فحريمها خمسمائة ذراع لما روينا ولان الحاجة فيه الى زيادة مسافة لان العين
تستخرج للزراعة فلا بد من موضع يجري فيه الماء ومن حوض يجتمع فيه الماء ومن موضع
يجري منه الى المزرعة فلهذا يقدر بالزيادة والتقدير بخمسمائة بالتوقيف والاصح
انه خمسمائة ذراع من كل جانب كما ذكرناه في العطن والذراع هو المكسرة وقد بيناه
من قبل وقيل ان التقدير في العين والبئر بما ذكرناه في اراضيهم لصلابتها وفي اراضينا
رخاوة فيزاد كيلا يتحول الماء الى الثاني فيتعطل الاول قال فمن اراد ان يحفر في
حريمها منع منه كيلا يؤدي الى تفويت حقه والاخلال به وهذا لانه بالحفر ملك الحريم
ضرورة تمكنه من الانتفاع به فليس لغيره ان يتصرف في ملكه فان حفر اخر بئرا
في حريم الاول فللاول ان يصلحه ويكبسه تبرعا ولو اراد اخذ الثاني فيه قيل ياخذه
بكبسه لان ازالة جناية حفره به كما في الكناسة يلقيها في دار غيره فانه يؤخذ برفعها وقيل
يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه كما اذا هدم جدار غيره وهذا هو الصحيح ذكره في كتاب
ادب القاضي للخصاف وذكر طريق معرفة النقصان وما عطب في الاولى فلا ضمان عليه
لانه غير متعد ان كان باذن الامام فظاهر وكذا اذا كان بغير اذنه عندهما وعند ابي
حنيفة رحمه الله انه يجعل الحفر تحجيرا وهو بسبيل منه بغير اذن الامام وان كان لا يملكه بدونه
وما عطب في الثانية ففيه الضمان لانه متعد فيه حيث شغل ملك غيره وان حفر
الثاني بئرا وراء حريم الاول فذهب ماء البئر الاول لا شيء عليه لانه غير متعد في حفرها
وللثاني الحريم من الجوانب الثلثة دون جانب الاول لسبق ملك الحافر الاول فيه
والقناة له حريم بقدر ما يصلحه وعن محمد رحمه الله انه بمنزلة البئر في استحقاق الحريم وقيل هو
عندهما وعنده لا حريم ما لم يظهر الماء لانه نهر في التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر قالوا وعند ظهور
الماء على الارض وعند ظهور الماء على الارض هو بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمه بخمسمائة ذراع
والشجرة تغرس في ارض موات لها حريم ايضا حتى لم يكن لغيره ان يغرس شجرا في حريمها
لانه يحتاج الى حريم يجد فيه ثمره ويضعه فيه وهو مقدر بخمسة اذرع به ورد الحديث قال وما ترك
الفرات او دجلة وعدل عنه ويجوز عوده اليه لم يجز احياؤه لحاجة العامة الى كونه نهرا وان كان
لا يجوز ان يعود فهو كالموات اذا لم يكن حريما لعامر لانه ليس في ملك احد لان قهر الماء
يدفع قهر غيره وهو اليوم في يد الامام قال ومن كان له نهر في ارض غيره فليس له حريم عند

ابي حنيفة رحمه الله الا ان يقيم بينة على ذلك وقالا له مسناة النهر يمشي عليها ويلقي عليها
طينه قيل ان هذه المسئلة بناء على ان من احيا نهرا في ارض موات باذن الامام
لا يستحق عنده الحريم وعندهما يستحقه لان النهر لا ينتفع به الا بالحريم لحاجته الى المشي
لتسييل الماء ولا يمكنه عادة في بطن النهر والى القاء الطين ولا يمكنه النقل الى مكان بعيد
الا بحرج فيكون له الحريم اعتبارا بالبئر وله ان القياس يأباه على ما ذكرنا وفي البئر عرفناه بالاثر
والحاجة الى الحريم فيه فوقها اليه في النهر لان الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون الحريم و
لا يمكن في البئر الا بالاستقاء فلا استقاء الا بالحريم فيتعذر الالحاق ووجه البناء
ان باستحقاق الحريم تثبت اليد وبعدم استحقاقه تنعدم اليد والظاهر يشهد لصاحب الارض
على ما نذكره ان شاء الله تعالى وان كانت مسئلة مبتدأة فلهما ان الحريم في يد صاحب النهر باستمساكه
الماء به ولهذا لا يملك صاحب الارض نقضه وله انه اشبه بالارض صورة ومعنى اما صورة
فلاستوائهما واما معنى فمن حيث صلاحيته للغرس والزراعة والظاهر شاهد لمن في يده ما هو
اشبه به كاثنين تنازعا في مصراع باب ليس في يدهما والمصراع الآخر معلق على
احدهما فيقضى للذي في يده ما هو اشبه بالمتنازع فيه والقضاء في موضع الخلاف
قضاء ترك ولا نزاع فيما به استمساك الماء انما النزاع فيما وراءه مما يصلح للغرس على انه
ان كان مستمسكا به ماء نهره فالآخر دافع به الماء عن ارضه والمانع من نقضه تعلق
حق صاحب النهر لا ملكه كالحائط لرجل ولآخر عليه جذوع لا يتمكن من نقضه وان كان
ملكه وفي الجامع الصغير نهر لرجل الى جنبه مسناة ولآخر خلف المسناة ارض تلزقها
وليست المسناة في يد واحد منهما فهي لصاحب الارض عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هي لصاحب النهر
حريم يلقي طينه وغير ذلك وقوله وليست المسناة في يد واحد منهما معناه ليس لاحدهما عليه
غرس ولا طين ملقى فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف اما اذا كان لاحدهما عليه ذلك فصاحب
الشغل اولى لانه صاحب يد ولو كان عليه غرس لا يدرى من غرسه فهو من مواضع الخلاف
ايضا وثمرة الاختلاف ان ولاية الغرس لصاحب الارض عنده وعندهما لصاحب النهر
واما القاء الطين فقد قيل ان لصاحب النهر ذلك ما لم يفحش واما المرور فقد قيل يمنع صاحب
النهر عنده وقيل لا يمنع للضرورة قال الفقيه ابو جعفر رحمه الله آخذ بقوله في الغرس وبقولهما في القاء
الطين ثم عن ابي يوسف رحمه الله ان حريمه مقدار نصف بطن النهر من كل جانب وعن محمد رحمه الله مقدار

عليه اعتبارا بحق النهر فالقول لصاحب اليد صح

فقد قيل انه على الخلاف صح

بطن

بطن النهر من كل جانب وهذا ارفق بالناس

فصول في مسائل الشرب

فصل في المياه

واذا حفر الرجل نهرا او بئرا او قناة فليس له ان يمنع من ذلك الشفة والشفة الشرب
لبني آدم والبهائم ثم اعلم ان المياه اربعة انواع منها ماء البحار ولكل واحد من الناس
فيها حق الشفة وحق سقي الارض حتى ان من اراد ان يكري نهرا منها الى ارضه لم يمنع من
ذلك والانتفاع بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء فلا يمنع من الانتفاع به على اي
وجه شاء والثاني ماء الاودية العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات وللناس
فيها حق الشفة على الاطلاق وحق سقي الاراضي فان احيا واحد ارضا ميتة وكرى منه نهرا ليسقيها
له ذلك ان كان لا يضر بالعامة ولا يكون النهر في ملك احد لانها مباحة في الاصل اذ قهر الماء
يدفع قهر غيره وان كان يضر بالعامة فليس له ذلك لان دفع الضرر عنهم واجب وذلك في ان يميل
الماء الى هذا الجانب اذا انكسرت ضفته فيغرق القرى والاراضي وعلى هذا نصب الرحى عليه لانه
شق النهر للرحى كشقه للسقي والثالث اذا دخل الماء في المقاسم فحق الشفة ثابت والاصل قوله عليه السلام
الناس شركاء في ثلث في الماء والكلأ والنار وانه ينتظم الشرب والشرب خص عنه الاول
فبقي الثاني وهو الشفة ولان البئر ونحوها ما وضع للاحراز فلا يملك المباح بدونه كالظبي اذا
تكنس في ارضه ولان في ابقاء الشفة ضرورة لان الانسان لا يمكنه استصحاب الماء الى كل مكان وهو
محتاج اليه لنفسه وظهره فلو منع منه افضى الى حرج عظيم واذا اراد رجل ان يسقي بذلك ارضه
التي احياها كان لاهل النهر ان يمنعوه عنه اضر بهم او لم يضر لانه حق خاص لهم بعد القسمة ولا ضرورة ولانا
لو ابحناه ذلك لانقطعت منفعة الشرب والرابع الماء المحرز في الاواني وانه صار مملوكا بالاحراز
وانقطع حق غيره عنه كما في الصيد المأخوذ الا انه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل وهو
ما روينا حتى لو سرقه انسان في موضع يعز وجوده وهو يساوي نصابا لم تقطع يده ولو كان البئر او العين
او الحوض او النهر في ملك رجل له ان يمنع من يريد الشفة من الدخول في ملكه اذا كان يجد ماء آخر يقرب من هذا
الماء في غير ملك احد وان كان لا يجد يقال لصاحب النهر اما ان تعطيه الشفة او تتركه يأخذ بنفسه
بشرط ان لا يكسر ضفته وهذا قول الطحاوي وقيل ما قاله صحيح فيما اذا احتفر في ارض مملوكة له اما اذا
احتفر في ارض موات فليس له ان يمنعه لان الموات كان مشتركا والحفر لاحياء حق مشترك فلا يقطع
الشركة في الشفة ولو منعه عن ذلك وهو يخاف على نفسه او ظهره العطش له ان يقاتله بالسلاح
لانه قصد اتلافه بمنع حقه وهو الشفة والماء في البئر مباح غير مملوك بخلاف الماء المحرز في الاناء حيث يقاتله

عظيم صح

احتفرها

بغير السلاح لانه يقتله وكذا الطعام عند اصابة المخمصة وقيل في البئر ونحوها الاولى ان يقاتله بغير السلاح
لانه ارتكب معصية فقام ذلك مقام التعزير له قال والشفة اذا كانت تاتي على الماء
كله بان كان جدولا صغيرا وفيما يرد من الابل والمواشي كثرة ينقطع الماء بشربها قيل له ان يمنع
منه لان الابل لا ترد في كل وقت فصار كالمياومة وهو سبيل في قسمة الشرب وقيل ليس له ان يمنع
اعتبارا بسقي المزارع والمشاجر والجامع تفويت حقه ولهم ان ياخذوا الماء منه للوضوء وغسل الثياب في الصحيح
لان الامر بالوضوء والغسل فيه كما قيل يؤدي الى الحرج وهو مدفوع قال واذا اراد ان يسقي شجرا
او خضرا في داره حملا بجراره له ذلك في الاصح لان الناس يتوسعون فيه ويعدون المنع من الدناءة
وليس له ان يسقي ارضه ونخيله وشجره من نهر هذا الرجل وبئره وقناته الا باذنه نصا وله
ان يمنع من ذلك لان الماء متى دخل في المقاسم انقطع حق شركة الشرب بواحدة لان في ابقائه
قطع شرب صاحبه ولان المسيل حق صاحب النهر والضيعة تعلق بها حقه فلا يمكنه التسييل فيه ولا شق
الضيعة وان اذن له صاحبه في ذلك او اعاره فلا باس به لانه حقه ويجري فيه الاباحة كالماء
المحرز في انائه

فصل في كري الانهار

الانهار ثلثة نهر غير مملوك لاحد ولم يدخل ماؤه في
المقاسم بعد كالفرات ونحوه ونهر مملوك دخل ماؤه تحت القسمة الا انه عام ونهر مملوك دخل
ماؤه في القسمة وهو خاص والفاصل بينهما استحقاق الشفعة به وعدمه فالاول كريه على السلطان
من بيت مال المسلمين لان منفعة الكري لهم فيكون مؤنته عليهم فيصرف اليه من مؤنة الخراج
والجزية دون العشور والصدقات لان الثاني حق الفقراء والاول للنوائب وان لم يكن في بيت المال
شيء فالامام يجبر الناس على كريه احياء للمصلحة العامة اذ هم لا يقيمونها بانفسهم وفي مثله قال عمر رضي الله
عنه لو تركتم لبعتم اولادكم الا انه يخرج له من كان يطيقه ويجعل مؤنته على المياسير الذين
لا يطيقونه بانفسهم واما الثاني فكريه على اهله لا على بيت المال لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم
على الخلوص والخصوص ومن ابى منهم يجبر على كريه دفعا للضرر العام وهو ضرر بقية الشركاء وضرر
الابي خاص ويقابله عوض فلا يعارض به قال ولو ارادوا ان يحصنوه خيفة الانبثاق وفيه ضرر عام
كغرق الاراضي وفساد الطرق يجبر الابي والا فلا لانه موهوم بخلاف الكري لانه معلوم واما
الثالث وهو الخاص من كل وجه فكريه على اهله لما بينا ثم قيل يجبر الابي كما في الثاني وقيل
لا يجبر لان كل واحد من الضررين خاص ويمكن دفعه عنهم بالرجوع على الابي بما انفقوا فيه
اذا كان بامر القاضي فاستوت الجنبتان بخلاف ما تقدم ولا يجبر لحق الشفة كما اذا امتنعوا

جميعا

330

جميعا ومؤنة كري النهر المشترك عليهم من اعلاه فاذا جاوز ارض رجل رفع عنه وهذا عند ابي حنيفة
وقالا هي عليهم جميعا من اوله الى اخره بحصص الشرب في الاراضين لان لصاحب الاعلى حقا في الاسفل
لاحتياجه الى تسييل ما فضل من الماء فيه وله ان المقصود من الكري الانتفاع بالسقي وقد حصل لصاحب
الاعلى فلا يلزمه انفاع غيره وليس على صاحب المسيل عمارته كما اذا كان له مسيل على سطح غيره كيف
وانه يمكنه دفع الماء عن ارضه بسده من اعلاه ثم انما يرفع عنه اذا جاوز ارضه كما ذكرنا وقيل اذا
جاوز فوهة نهره وهو مروي عن محمد والاول اصح لان له رايا في اتخاذ الفوهة من اعلاه واسفله
فاذا جاوز الكري ارضه حتى سقطت عنه مؤنته قيل له ان يفتح الماء ليسقي ارضه لانتهاء الكري في
حقه وقيل ليس له ذلك ما لم يفرغ شركاؤه نفيا لاختصاصه وليس على اهل الشفة من الكري
شيء لانهم لا يحصون ولانهم اتباع

فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه

ويصح دعوى الشرب بغير ارض استحسانا لانه قد يملك بغير ارض ارثا وقد يبيع الارض ويبقى
الشرب له وهو مرغوب فيه فتصح فيه الدعوى واذا كان نهر لرجل يجري في ارض غيره فاراد
صاحب الارض ان لا يجري النهر في ارضه ترك على حاله لانه مستعمل له باجراء مائه
فعند الاختلاف يكون القول قوله فان لم يكن في يده ولم يكن جاريا فعليه البينة ان النهر
له او انه قد كان له مجراه في هذا النهر يسوقه الى ارضه ليسقيها فيقضي له لاثباته بالحجة
ملكا له او حقا مستحقا فيه وعلى هذا المصب في نهر او على سطح او الميزاب او الممشى
في دار غيره فحكم الاختلاف فيها نظيره في الشرب واذا كان نهر بين قوم واختصموا
في الشرب كان الشرب بينهم على قدر اراضيهم لان المقصود الانتفاع بسقيها
فيتقدر بقدره بخلاف الطريق لان المقصود التطرق وهو في الدار الواسعة والضيقة
على نمط واحد فان كان الاعلى منهم لا يشرب حتى يسكر النهر لم يكن له ذلك لما فيه من
ابطال حق الباقين ولكنه يشرب بحصته فان تراضوا على ان يسكر الاعلى النهر حتى يشرب
بحصته او اصطلحوا على ان يسكر كل رجل منهم في نوبته جاز لان الحق لهم الا انه اذا تمكن
من ذلك بلوح لا يسكر بما ينكبس به النهر من غير تراض لكونه اضرارا بهم وليس لاحدهم ان
يكري منه نهرا او ينصب عليه رحى ماء الا برضاء اصحابه لان فيه كسر ضفة النهر وشغل
موضع مشترك بالبناء الا ان يكون رحى لا يضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها في ارض
صاحبها لانه تصرف في ملك نفسه ولا ضرر في حق غيره ومعنى الضرر بالنهر ما بيناه من كسر ضفته

وبالماء ان يتغير عن سننه الذي كان يجري عليه والدالية والسانية نظير الرحى ولا يتخذ عليه
جسرا ولا قنطرة بمنزلة طريق خاص بين قوم بخلاف ما اذا كان لواحد نهر خاص ياخذ من نهر خاص
بين قوم فاراد ان يقنطر عليه ويستوثق منه له ذلك او كان مقنطرا مستوثقا فاراد ان ينقض
ذلك ولا يزاد في اخذ الماء حيث يكون له ذلك لانه يتصرف في خالص ملكه وضعا ورفعا ولا ضرر
بالشركاء باخذ زيادة الماء ويمنع ان يوسع فم النهر لانه يكسر ضفة النهر ويزيد على
مقدار حقه في اخذ الماء وكذا اذا كانت القسمة بالكوى وكذا اذا اراد ان يؤخر كواها
عن فم النهر فيجعلها في اربعة اذرع منه لاحتباس الماء فيه فيزداد دخول الماء فيه بخلاف ما
اذا اراد ان يسفل كواه او يرفعها حيث يكون له ذلك في الصحيح لان قسمة الماء في الاصل
باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع هو العادة فلم يكن فيه تغيير موضع
القسمة ولو كانت وقعت بالكوى فاراد احدهم ان يقسم بالايام ليس له ذلك لان
القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه ولو كان لكل منهم كوى مسماة في نهر خاص ليس للواحد
ان يزيد كوة وان كان لا يضر باهله لان الشركة خاصة بخلاف ما اذا كانت الكوى في النهر
الاعظم لان لكل منهم ان يشق نهرا منه ابتداء فكان له ان يزيد في الكوى بالطريق الاولى
وليس لاحد الشركاء في النهر ان يسوق شربه الى ارض له اخرى ليس لها في ذلك شرب لانه
اذا تقادم العهد يستدل به على انه حقه وكذا اذا اراد ان يسوق شربه في ارضه الاولى
حتى ينتهي الى هذه الارض الاخرى لانه يستوفي زيادة على حقه اذ الارض الاولى تنشف
بعض الماء قبل ان تسقى الاخرى وهو نظير طريق مشترك اراد احدهم ان يفتح فيه بابا الى دار اخرى
ساكنها غير ساكن هذه الدار التي مفتحها في هذا الطريق ولو اراد الاعلى من الشريكين في النهر الخاص
وفيه كوى بينهما ان يسد بعضها دفعا لفيض الماء عن ارضه كيلا تنز ليس له ذلك لما فيه من الضرر
بالآخر وكذا اذا اراد ان يقسم الشرب مناصفة بينهما لان القسمة بالكوى تقدمت الا ان
يتراضيا لان الحق لهما وبعد التراضي لصاحب الاسفل ان ينقض ذلك وكذلك لورثته من بعده لانه
اعارة الشرب فان مبادلة الشرب بالشرب باطلة والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع
بعينه بخلاف البيع والصدقة والهبة والوصية بذلك حيث لا تجوز هذه العقود اما للجهالة
او للغرر او لانه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره واذا بطلت العقود
فالوصية بالباطل باطلة وكذا لا يصلح مسمى في النكاح حتى يجب مهر المثل ولا في الخلع حتى يجب

رد ما قبضت من الصداق لتفاحش الجهالة ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى لانه لا يملك
بشيء من العقود ولا يباع الشرب في دين صاحبه بعد موته بدون ارض كما في حيوته وكيف
يصنع الامام والاصح ان يضم الى ارض لا شرب لها فيبيعها باذن صاحبها ثم ينظر
الى قيمة الارض مع الشرب وبدونه فيصرف التفاوت الى قضاء الدين وان لم يجد ذلك
اشترى على تركة الميت ارضا بغير شرب ثم ضم الشرب اليها وباعهما فيصرف من الثمن
الى ثمن الارض والفضل الى قضاء الدين قال واذا سقى الرجل ارضه او مخرها ماء
فسال من مائها في ارض رجل فغرقها او نزت ارض جاره من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها
لانه غير متعد فيه كتاب الاشربة سمي بها لما فيه من بيان حكمها قال الاشربة المحرمة اربعة
وهي عصير العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد والعصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو
الطلا والمذكور في الجامع الصغير ونقيع التمر وهو السكر ونقيع الزبيب اذا اشتد وغلا اما
الخمر فالكلام فيها في عشرة مواضع احدها في بيان مائيتها وهي النيء من ماء العنب اذا صار
مسكرا وهذا عندنا وهو المعروف عند اهل اللغة واهل العلم وقال بعض الناس هو
اسم لكل مسكر لقوله عليه الصلوة والسلام كل مسكر خمر وقوله عليه الصلوة والسلام الخمر من هاتين
الشجرتين واشار الى الكرم والنخلة ولانه من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر ولنا
انه اسم خاص باطباق اهل اللغة فيما ذكرناه ولهذا اشتهر استعماله فيه وفي غيره
ولان حرمة الخمر قطعية وهي في غيرها ظنية وانما سمي خمرا لتخمره لا لمخامرته العقل على ان ما ذكروا
لا ينافي كون الاسم خاصا فيه فان النجم مشتق من الظهور ثم هو اسم خاص للنجم
لا لكل ما ظهر وهذا كثير النظير والحديث الاول طعن فيه يحيى بن معين والثاني اريد به
بيان الحكم اذ هو اللائق بمنصب الرسالة والثاني في حد ثبوت هذا الاسم وهو الذي
ذكره في الكتاب قول ابي حنيفة وعندهما اذا اشتد ولا يشترط القذف بالزبد لان
الاسم يثبت به وكذا المعنى المحرم بالاشتداد وهو المؤثر في الفساد ولابي حنيفة رحمه الله
ان الغليان بداية الشدة وكمالها بقذف الزبد وسكونه اذ به يتميز الصافي عن الكدر
واحكام الشرع قطعية فتناط بالنهاية كالحد واكفار المستحل وحرمة البيع وقيل يؤخذ
في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا والثالث ان عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف

عليه ومن الناس من انكر حرمة عينها وقال ان السكر منه حرام لانه يحصل به الفساد
وهو الصد عن ذكر الله تعالى وهذا كفر لانه جحود للكتاب فانه سماه رجسا والرجس ما هو
محرم العين وقد جاءت السنة متواترة انه عليه السلام حرم الخمر وعليه انعقد الاجماع
ولان قليله يدعو الى كثيره وهذا من خواص الخمر ولهذا تزداد لشاربها اللذة بالاستكثار
منه بخلاف سائر المطعومات والمشروبات ثم هو غير معلول عندنا حتى لا يتعدى حكمه الى
سائر المسكرات والشافعي ره يعديه اليها وهذا بعيد لانه خلاف السنة المشهورة وتعليل
لتعدية الاسم والتعليل في الاحكام لا في الاسماء والرابع انها نجسة نجاسة غليظة
كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بيناه والخامس انه يكفر مستحلها لانكاره الدليل
القطعي والسادس سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها ولا يجوز بيعها
لان الله تعالى لما نجسها فقد اهانها والتقوم يشعر بعزتها وقال عليه السلام ان الذي
حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها واختلفوا في سقوط ماليتها والاصح انه مال لان
الطباع تميل اليها وتضن بها قال ومن كان له على مسلم دين فاوفاه من ثمن خمر
لا يحل له ان ياخذه ولا للمديون ان يؤديه لانه ثمن بيع باطل وهو غصب
في يده او امانة على حسب ما اختلفوا فيه كما في بيع الميتة قال ولو كان الدين على ذمي فانه يؤديه
من ثمن الخمر والمسلم الطالب يستوفيه لان بيعها فيما بينهم جائز والسابع حرمة
الانتفاع بها لان الانتفاع بالنجس حرام ولانه واجب الاجتناب وفي الانتفاع به
اقتراب والثامن ان يحد شاربها وان لم يسكر منها لقوله عليه السلام من شرب الخمر
فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاقتلوه الا ان حكم القتل قد انتسخ فبقي
الجلد مشروعا وعليه انعقد اجماع الصحابة رضي الله عنهم وتقديره ما ذكرناه في الحدود والتاسع
ان الطبخ لا يؤثر فيها لانه للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها الا انه لا يحد فيه ما لم يسكر
منه على ما قالوا لان الحد بالقليل في النيء خاصة لما ذكرناه وهذا قد طبخ والعاشر جواز
تخليلها وفيه خلاف الشافعي وسنذكره من بعد هذا هو الكلام في الخمر واما العصير اذا طبخ حتى
يذهب اقل من ثلثيه وهو المطبوخ ادنى طبخة ويسمى الباذق والمنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ
وكل ذلك حرام عندنا اذا غلا واشتد وقذف بالزبد او اذا اشتد على الاختلاف

وقال

وقال الاوزاعي انه مباح وهو قول بعض المعتزلة لانه مشروب طيب وليس بخمر ولنا انه رقيق ملذ
مطرب ولهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق به واما نقيع التمر وهو السكر
وهو النيء من ماء التمر اي الرطب فهو حرام مكروه وقال شريك بن عبد الله انه مباح لقوله تعالى تتخذون منه
سكرا ورزقا حسنا امتن علينا به وهو بالمحرم لا يتحقق ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم
ويدل عليه ما رويناه من قبل والآية محمولة على الابتداء اذ كانت الاشربة مباحة كلها وقيل اراد
التوبيخ معناه والله اعلم تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا واما نقيع الزبيب وهو
النيء من ماء الزبيب فهو حرام اذا اشتد وغلا ويتاتى فيه خلاف الاوزاعي وقد بينا المعنى من قبل
الا ان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها
اجتهادية وحرمة الخمر قطعية ولا يجب الحد بشربها حتى يسكر ويجب بشرب قطرة من الخمر ونجاستها
خفيفة في رواية وغليظة في اخرى ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة ويجوز بيعها ويضمن متلفها
عند ابي حنيفة رح خلافا لهما فيهما لانه مال متقوم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقومها بخلاف الخمر
غير ان عنده يجب قيمتها لا مثلها على ما عرف ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانها محرمة وعن ابي يوسف رح
انه يجوز بيعها اذا كان الذاهب بالطبخ اكثر من النصف دون الثلثين وقال في الجامع الصغير وما
سوى ذلك من الاشربة فلا باس به قالوا هذا الجواب على هذا العموم والبيان لا يوجد في غيره وهو
نص على ان ما يتخذ من الحنطة والشعير والذرة والعسل حلال عند ابي حنيفة ولا يحد شاربه وان سكر منه
ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك وعن محمد رح
انه حرام ويحد شاربه اذا سكر منه ويقع طلاقه اذا سكر منه كما في سائر الاشربة المحرمة وقال فيه ايضا
وكان ابو يوسف رح يقول ما كان من الاشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة ايام ولا يفسد فاني اكرهه
ثم رجع الى قول ابي حنيفة رح وقوله الاول مثل قول محمد ان كل مسكر حرام الا انه تفرد بهذا الشرط ومعنى قوله
يبلغ يغلي ويشتد ومعنى قوله لا يفسد لا يحمض ووجهه ان بقاءه هذه المدة من غير ان يحمض دلالة قوته
وشدته فكان آية حرمته ومثل ذلك يروى عن ابن عباس رضي الله عنه وابو حنيفة رح يعتبر حقيقة الشدة
على الحد الذي ذكرناه فيما يحرم اصل شربه وفيما يحرم السكر منه على ما نذكره وابو يوسف رح رجع الى قول ابي حنيفة
رح فلم يحرم كل مسكر ورجع عن هذا الشرط ايضا وقال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد
منهما ادنى طبخة حلال وان اشتد اذا شرب منه ما يغلب على ظنه انه لا يسكره من غير لهو ولا طرب وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد والشافعي رح حرام والكلام فيه كالكلام في المثلث العنبي وسنذكره ان شاء

الله تعالى

قال ولا بأس بالخليطين لما روي عن ابن زياد انه قال سقاني ابن عمر شربة ما كدت
اهتدي الى اهلي فغدوت اليه من الغد فاخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وهذا نوع من الخليطين
وما روي عن ابن زياد انه قال سقاني وكان مطبوخا لان المروي عنه حرمة نقيع الزبيب وهو النيء
منه وما روي انه عليه السلام نهى عن الجمع بين التمر والزبيب والزبيب والرطب والرطب والبسر محمول على حالة
الشدة وكان ذلك في الابتداء قال ونبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير
حلال وان لم يطبخ وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله اذا كان من غير لهو ولا طرب لقوله عليه السلام
الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة خص التحريم بهما والمراد بيان الحكم ثم قيل يشترط
الطبخ فيه لاباحته وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لان قليله لا يدعو الى كثيره كيف ما كان
قال وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد وقد ذكرنا الوجه من قبل قالوا والاصح انه
يحد فانه روي عن محمد فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل وهذا لان الفساق يجتمعون عليه في زماننا
اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك وكذلك المتخذ من الالبان اذا اشتد فهو على هذا
وقيل ان المتخذ من لبن الرماك لا يحل عند ابي حنيفة اعتبارا بلحمه وهو المتولد منه قالوا والاصح
انه يحل لان كراهة لحمه لما في اباحته من قطع مادة الجهاد او لاحترامه فلا يتعدى الى لبنه قال
وعصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه حلال وان اشتد وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال مالك ومحمد والشافعي رحمهم الله انه حرام وهذا الخلاف فيما اذا قصد به التقوي
اما اذا قصد به التلهي لا يحل بالاتفاق وعن محمد مثل قولهما وعنه انه كره ذلك
وعنه انه توقف فيه لهم في اثبات الحرمة قوله عليه السلام كل مسكر حرام وقوله
عليه السلام ما اسكر كثيره فقليله حرام ويروى عنه عليه السلام ما اسكر الجرة منه فالجرعة منه حرام
ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره كالخمر ولهما قوله عليه السلام حرمت
الخمر لعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب خص السكر بالتحريم في غير الخمر
اذ العطف للمغايرة ولان المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا وانما يحرم
القليل منه لانه يدعو لرقته الى الكثير فاعطي حكمه والمثلث لغلظه لا يدعو وهو
في نفسه غذاء فبقي على الاباحة والحديث الاول غير ثابت على ما بيناه ثم هو محمول
على القدح الاخير اذ هو المسكر حقيقة والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه
بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة حكمه حكم المثلث لان صب الماء لا يزيده الا ضعفا

بخلاف

بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل لان الماء يذهب
اولا للطافته او يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب ولو طبخ
العنب كما هو ثم يعصر يكتفى بادنى طبخة في رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وفي رواية عنه
لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهو الاصح لان العصير قائم فيه من غير تغيير
فصار كما بعد العصير قال ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر وبين التمر والزبيب لا يحل
حتى يذهب ثلثاه لان التمر ان كان يكتفى فيه بادنى طبخة فعصير العنب لا بد ان
يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا وكذا اذا جمع بين عصير العنب
ونقيع التمر لما قلنا قال ولو طبخ نقيع التمر ونقيع الزبيب ادنى طبخة ثم انقع فيه تمر
او زبيب ان كان ما انقع فيه شيئا يسيرا لا يتخذ النبيذ من مثله لا بأس به وان كان
يتخذ النبيذ من مثله لا يحل كما اذا صب في المطبوخ قدح من نقيع والمعنى تغليب جهة
الحرمة ولا حد في شربه لان التحريم للاحتياط وهو في الحد في درئه ولو طبخ الخمر او غيره
بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ قال ولا بأس
بالانتباذ في الدباء والحنتم والمزفت لقوله عليه السلام في حديث فيه طول بعد ذكر نهيه الا
فاشربوا في كل ظرف فان الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه ولا تشربوا المسكر وقال ذلك
بعد ما اخبر عن النهي عنه فكان ناسخا له وانما ينتبذ فيه بعد تطهيره فان كان الوعاء عتيقا
يغسل ثلاثا فيطهر وان كان جديدا لا يطهر عند محمد رحمه الله لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق وعند ابي يوسف
يغسل ثلاثا ويجفف في كل مرة وهي مسألة ما لا ينعصر بالعصر وقيل عند ابي يوسف يملأ ماء مرة بعد اخرى
حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير يحكم بطهارته قال واذا تخللت الخمر حلت سواء صارت خلا
بنفسها او بشيء طرح فيها ولا يكره تخليلها وقال الشافعي رحمه الله يكره التخليل ولا يحل الخل الحاصل به
ان كان التخليل بالقاء شيء فيه قولا واحدا وان كان بغير القاء شيء فيه فله في الخل الحاصل به
قولان له ان في التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول والامر بالاجتناب ينافيه ولنا قوله عليه السلام
نعم الادام الخل من غير فصل وقوله عليه السلام خير خلكم خل خمركم ولان بالتخليل يزول الوصف
المفسد وتثبت صفة الصلاح من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة والتغذي به والاصلاح
مباح وكذا الصالح للمصالح اعتبارا بالمتخلل بنفسه وبالدباغ والاقتراب لاعدام الفساد
فاشبه الاراقة والتخليل اولى لما فيه من احراز مال يصير حلالا في الثاني فيختاره من ابتلي به واذا صار

الخمر خلا يطهر ما يوازيها من الاناء فاما اعلاه وهو الذي نقص منه الخمر قيل يطهر تبعا وقيل
لا يطهر لانه خمر يابس الا اذا غسل بالخل فيتخلل من ساعته فيطهر وكذا اذا صب منه الخمر ثم
ملئ خلا يطهر في الحال على ما قالوا قال ويكره شرب دردي الخمر والامتشاط به لان فيه اجزاء
الخمر والانتفاع بالمحرم حرام ولهذا لا يجوز ان يداوى به جرحا او دبرة ولا ان يسقى ذميا
ولا ان يسقى صبيا للتداوي والوبال على من سقاه وكذا لا يسقيها الدواب وقيل لا تحمل الخمر
اليها اما اذا قيدت الى الخمر فلا باس به كما في الكلب والميتة قال ولو القي الدردي في الخل
لا باس به لانه يصير خلا لكن يباح حمل الخل اليه دون العكس لما قلنا ولا يحد شاربه اي شارب الدردي
ان لم يسكر وقال الشافعي يحد لانه شرب جزء الخمر ولنا ان قليله لا يدعو الى كثيره لما في
الطباع من النبوة عنه فكان ناقصا فاشبه غير الخمر من الاشربة ولا حد فيها الا بالسكر ولان
الغالب فيها الثفل فصار كما اذا غلب عليه الماء بالامتزاج ويكره الاحتقان بالخمر واقطارها في
الاحليل لانه انتفاع بالمحرم ولا يجب الحد لعدم الشرب وهو السبب ولو جعل الخمر في مرقة لا تؤكل
لتنجسها بها ولا حد ما لم يسكر منه لانه اصابه الطبخ ويكره اكل خبز عجن عجينه بالخمر لقيام اجزاء
الخمر فيه فصل في طبخ العصير الاصل ان ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد يجعل
كان لم يكن ويعتبر ذهاب ثلثي ما بقي ليحل الثلث الباقي بيانه عشرة دوارق من عصير طبخ
فذهب دورق بالزبد يطبخ الباقي حتى يذهب ستة دوارق ويبقى الثلث فيحل
لان الذي ذهب زبدا هو العصير تسعة دوارق فيكون ثلثها ثلثة واصل آخر ان العصير اذا صب
عليه ماء قبل الطبخ ثم طبخ بمائه ان كان الماء اسرع ذهابا لرقته ولطافته يطبخ الباقي
بعد ما ذهب مقدار ما صب فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه لان الذاهب الاول هو الماء
والثاني العصير فلا بد من ذهاب ثلثي العصير وان كان يذهبان معا تغلى الجملة حتى يذهب ثلثاها
ويبقى ثلثه فيحل لانه ذهب الثلثان ماء وعصيرا والثلث الباقي ماء وعصير فصار كما اذا صب
الماء فيه بعد ما ذهب من العصير بالغلي ثلثاه بيانه عشرة دوارق من عصير وعشرون دورقا من ماء
ففي الوجه الاول يطبخ حتى يبقى تسع الجملة لانه ثلث العصير وفي الوجه الثاني حتى يذهب ثلثا الجملة
والغلي بدفعة او دفعات سواء اذا حصل قبل ان يصير محرما ولو قطع عنه النار فغلى حتى ذهب الثلثان
يحل لانه اثر النار واصل آخر ان العصير اذا طبخ فذهب بعضه ثم اهريق بعضه ثم يطبخ البقية حتى يذهب
الثلثان فالسبيل فيه ان تأخذ ثلث الجميع فتضربه في الباقي بعد المنصب ثم تقسمه على ما بقي بعد ذهاب

بالطبخ

بالطبخ قبل ان ينصب منه شيء وما يخرج بالقسمة فهو حلال بيانه عشرة ارطال عصير طبخ حتى ذهب
رطل ثم اهريق ثلثة ارطال تأخذ ثلث العصير كله وهو ثلثة وثلث تضربه فيما بقي بعد المنصب وهو ستة
فيكون عشرين ثم تقسم العشرين على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل ان ينصب منه شيء وذلك تسعة فيخرج
لكل جزء من ذلك اثنان وتسعان فعرفت ان الحلال مما بقي منه رطلان وتسعان وعلى هذا تخرج المسائل
ولها طريق آخر وفيما اكتفينا به كفاية وهداية الى تخريج غيرها من المسائل كتاب الصيد الصيد
الاصطياد ويطلق على ما يصاد والفعل مباح لغير المحرم في غير الحرم لقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا
وقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما وقوله عليه الصلوة والسلام لعدي بن حاتم الطائي اذا ارسلت
كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وان اكل منه فلا تأكل لانه انما امسك على نفسه وان شارك
كلبك كلب آخر فلا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك وعلى اباحته انعقد الاجماع
ولانه نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك وفيه استبقاء المكلف وتمكينه من اقامة التكاليف
فكان مباحا بمنزلة الاحتطاب ثم جملة ما يحويه الكتاب فصلان احدهما في الصيد بالجوارح والثاني في
الاصطياد بالرمي فصل في الجوارح قال ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد والبازي وسائر
الجوارح المعلمة وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير فلا باس
بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا ان تدرك ذكاته والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح
مكلبين والجوارح الكواسب في تأويل والمكلبين المسلطين فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما روينا
من حديث عدي رضي الله عنه واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد وعن ابي يوسف
انه استثنى من ذلك الاسد والدب لانهما لا يعملان لغيرهما الاسد لعلو همته والدب لخساسته والحق بهما
الحدأة لخساسته والخنزير مستثنى لانه نجس العين ولا يجوز الانتفاع به ثم لا بد من التعليم لان ما تلونا
من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال ولانه انما يصير آلة بالتعليم ليكون عاملا له فيترسل
بارساله ويمسكه عليه قال وتعليم الكلب ان يترك الاكل ثلث مرات وتعليم البازي ان يرجع ويجيب اذا دعوته
وهو مأثور عن ابن عباس رضي الله عنه ولان بدن البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمل فيضرب ليتركه
ولان آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة والبازي متوحش متنفر فكانت الاجابة آية تعليمه اما الكلب
فهو الوف يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك مألوفه وهو الاكل والاستلاب ثم شرط ترك الاكل
ثلثا وهذا عندهما وهو رواية عن ابي حنيفة لان فيما دونه مزيد الاحتمال فلعله تركه مرة او مرتين شبعا
واذا تركه ثلثا دل ذلك على انه صار عادة له وهذا لان الثلث مدة ضربت للاختبار وابلاء الاعذار

كما في مدة الخيار وفي بعض قصص الاخبار والاكثر هو الذي يقع امارة على العلم دون القليل
والجمع هو الكثير وادناه هو الثلث وقدروها به وعند ابي حنيفة رح على ما ذكر في الاصل لا يثبت التعليم
ما لم يغلب على ظن الصائد انه معلم ولا يقدر بالثلث لان المقادير لا تعرف اجتهادا بل نصا
وسماعا ولا سمع فيفوض الى رأي المبتلى به كما هو اصله في جنسها وعلى الرواية الاولى عنده يحل
ما اصطاده ثالثا وعندهما لا يحل لانه انما يصير معلما بعد تمام الثلث وقبل التعليم غير معلم وكان
الثالث صيد كلب جاهل فصار كالتصرف المباشر في سكوت المولى وله انه آية تعلمه عنده فكان
هذا صيد جارحة معلمة بخلاف تلك المسألة لان الاذن اعلام ولا يتحقق دون علم العبد وذلك
بعد المباشرة قال واذا ارسل كلبه المعلم او بازيه وذكر اسم الله عند ارساله فاخذ الصيد وجرحه
فمات حل اكله لما روينا من حديث عدي ولان الكلب او البازي آلة والذبح لا يحصل بمجرد
الآلة الا بالاستعمال وذلك فيهما بالارسال فنزل منزلة الرمي وامرار السكين ولا بد من التسمية
عنده ولو تركه ناسيا حل ايضا لما بيناه من حرمة متروك التسمية عامدا ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية
ليتحقق ذكاة الاضطرار وهو الجرح في اي موضع كان من البدن لانتساب ما وجد من الآلة
اليه بالاستعمال وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشير الى اشتراط الجرح اذ هو
بمعنى الجراحة في تأويل فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه ولا تنافي وفيه اخذ باليقين
وعن ابي يوسف رح انه لا يشترط رجوعا الى التأويل الاول وجوابه ما قلنا وان اكل منه الكلب
او الفهد لم يؤكل وان اكل منه البازي اكل والفرق ما بيناه في دلالة التعليم وهو مؤيد بما روينا من حديث
عدي رضي الله عنه وهو حجة على مالك والشافعي رحمهما الله في قوله القديم في اباحة ما اكل منه الكلب
ولو انه صاد صيودا ولم يأكل منها ثم اكل من صيد لا يؤكل هذا الصيد لانه علامة الجهل ولا ما يصيده
بعده حتى يصير معلما على اختلاف الرواية كما بيناها في الابتداء واما الصيود التي اخذها من
قبل فما اكل منها لا تظهر الحرمة فيه لانعدام المحلية وما ليس بمحرز بان كان في المفازة بعد تثبت
الحرمة فيه بالاتفاق وما هو محرز في بيته يحرم عنده خلافا لهما هما يقولان ان الاكل ليس يدل
على الجهل فيما تقدم لان الحرفة قد تنسى ولان فيما احرزه قد امضي الحكم بالاجتهاد فلا ينقض
باجتهاد مثله لان المقصود قد حصل بالاول بخلاف غير المحرز لانه ما حصل المقصود من كل وجه
لبقائه صيدا من وجه لعدم الاحراز فحرمناه احتياطا وله انه آية جهله من الابتداء لان الحرفة
لا ينسى اصلها فاذا اكل تبين انه كان لشبع لا للعلم وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود

ترك الاكل ح

لانه

لانه بالاكل فصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء ولو ان صقرا فر من صاحبه فمكث
حينا لا يؤكل صيده لانه ترك ما صار به عالما فيحكم بجهله كالكلب اذا اكل من الصيد ولو شرب
الكلب من دم الصيد ولم يأكل منه اكل لانه ممسك للصيد عليه وهذا من غاية علمه حيث شرب
ما لا يصلح لصاحبه وامسك عليه ما يصلح له ولو اخذ الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعة و
القاها اليه فاكلها يؤكل ما بقي لانه لم يبق صيدا فصار كما اذا القي اليه طعاما غيره وكذا اذا وثب
الكلب فاخذه منه لانه ما اكل من الصيد والشرط ترك الاكل من الصيد فصار كما اذا افترس
شاته بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل ان يحرزه المالك لانه بقيت فيه جهة الصيدية ولو نهش
الصيد فقطع منه بضعة فاكلها ثم ادرك الصيد فقتله ولم يأكل منه لم يؤكل لانه صيد كلب جاهل حيث اكل
من الصيد ولو القى ما نهشه واتبع الصيد فقتله ولم يأكل واخذه صاحبه ثم مر بتلك البضعة فاكلها
يؤكل الصيد لانه لو اكل من نفس الصيد في هذه الحالة لم يضره فاذا اكل ما بان منه وهو لا يحل
لصاحبه اولى بخلاف الوجه الاول لانه اكل في حالة الاصطياد فكان جاهلا ممسكا لنفسه
ولان نهش البضعة قد يكون ليأكلها وقد يكون حيلة في الاصطياد ليضعفه بقطع القطعة
منه فيدركه فالاكل قبل الاخذ يدل على الوجه الاول وبعده على الوجه الثاني فلا يدل
على جهله وان ادرك المرسل الصيد حيا وجب عليه ان يذكيه وان ترك تذكيته حتى مات
لم يؤكل وكذا البازي والسهم لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل اذ المقصود
الاباحة ولم تثبت قبل موته فبطل حكم البدل وهذا اذا تمكن من ذبحه اما اذا وقع في يده
ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحيوة فوق ما يكون في المذبوح لم يؤكل في ظاهر الرواية وعن ابي
حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه يحل وهو قول الشافعي رح لانه لم يقدر على الاصل فصار
كما اذا رأى الماء ولم يقدر على الاستعمال ووجه الظاهر انه قدر اعتبارا لانه ثبتت يده على المذبح
وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره لانه لا بد له من مدة والناس يتفاوتون
فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في امر الذبح فادير الحكم على ما ذكرنا بخلاف ما
اذا بقي فيه من الحيوة مثل ما يبقى في المذبوح لانه ميت حكما الا يرى انه لو وقع في الماء وهو بهذه الحالة
لا يحرم كما اذا وقع وهو ميت والميت ليس بمذبح وفصل بعضهم فيه تفصيلا وهو انه ان لم يتمكن لفقد
الآلة لم يؤكل وان لم يتمكن لضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعي رح لانه اذا وقع في يده
لم يبق صيدا فبطل حكم ذكاة الاضطرار وهذا اذا كان يتوهم بقاؤه واما اذا شق بطنه

واخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه حل لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما اذا وقعت
شاة في الماء بعد ما ذبحت وقيل هذا قولهما اما عند ابي حنيفة لا يؤكل الصيد لانه وقع في يده
حيا فلا يحل الا بذكاة الاختيار ردا الى المتردية على ما نذكره ان شاء الله تعالى وهذا الذي ذكرناه
اذا ترك التذكية فلو انه ذكاه حل اكله وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذي بقر الذئب
بطنه وفيه حيوة خفية او بينة وعليه الفتوى لقوله تعالى الا ما ذكيتم استثناه مطلقا من غير
فصل وعند ابي يوسف اذا كان بحال لا يعيش مثله لا يحل لانه لم يكن موته بالذبح وقال محمد
ان كان يعيش فوق ما يعيش المذبوح يحل والا فلا لانه لا معتبر بهذه الحيوة على ما قررناه قال ولو
ادركه ولم يأخذه فان كان وقت لو اخذه امكنه ذبحه لم يؤكل لانه صار في حكم المقدور عليه
وان كان لا يمكنه ذبحه اكل لان اليد لم تثبت به والتمكن من الذبح لم يوجد وان ادركه فذكاه
حل لانه ان كانت فيه حيوة مستقرة فالذكاة وقعت موقعها بالاجماع وان لم تكن فيه حيوة
مستقرة فعند ابي حنيفة رحمه الله ذكاته الذبح على ما ذكرناه وقد وجد وعندهما لا يحتاج
الى الذبح قال واذا ارسل كلبه المعلم الى صيد واخذ غيره حل وقال مالك لا يحل لانه اخذه
بغير ارسال اذ الارسال مختص بالمشار اليه ولنا انه شرط غير مفيد لان مقصوده حصول الصيد
اذ لا يقدر على الوفاء به اذ لا يمكنه تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره قال ولو ارسله
على صيود كثيرة وسمى مرة واحدة حالة الارسال فلو قتل الكل يحل الكل بهذه التسمية الواحدة
لان الذبح يقع بالارسال على ما بيناه ولهذا يشترط التسمية عنده والفعل واحد فيكفيه
تسمية واحدة بخلاف ذبح الشاتين بتسمية واحدة لان الثانية تصير مذبوحة بفعل
غير الاول فلا بد من تسمية اخرى حتى لو اضجع احدهما فوق الاخرى فذبحهما بمرة واحدة تحلان
بتسمية واحدة قال ومن ارسل فهدا فكمن حتى يستمكن ثم اخذ الصيد فقتله يؤكل
لان مكثه حيلة منه للصيد لا استراحة فلا يقطع الارسال وكذلك الكلب اذا اعتاد عادته
ولو اخذ الكلب صيدا فقتله ثم اخذ آخر فقتله وقد ارسله صاحبه اكلا جميعا لان الارسال
قائم لم ينقطع وهو بمنزلة من رمى سهما الى صيد فاصابه واصاب آخر ولو قتل الاول فجثم عليه
طويلا الى النهار ثم مر به صيد آخر فقتله لا يؤكل الثاني لانقطاع الارسال بمكثه اذ لم يكن منه حيلة
للاخذ وانما كان استراحة بخلاف ما تقدم قال ولو ارسل بازيه المعلم على صيد فوقع
على شيء ثم اتبع الصيد فاخذه وقتله فانه يؤكل وهذا اذا لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة وانما

وانما مكث

وانما مكث ساعة للتمكين لما بيناه في الكلب قال ولو ان بازيا معلما اخذ صيدا فقتله ولا يدري
ارسله انسان اولا لا يؤكل لوقوع الشك في الارسال ولا تثبت الاباحة بدونه قال وان
خنقه الكلب ولم يجرحه لم يؤكل لان الجرح شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرناه وهذا يدلك على انه لا يحل
بالكسر وعن ابي حنيفة رحمه الله انه اذا كسر عضوا فقتله لا بأس باكله لانه جراحة باطنة فهي كالجراحة الظاهرة
وجه الاول ان المعتبر جرح ينتهض سببا لانهار الدم ولا يحصل ذلك بالكسر فاشبه التخنيق قال
وان شاركه كلب غير معلم او كلب مجوسي او كلب لم يذكر اسم الله تعالى عليه يريد به عمدا لم يؤكل لما روينا
في حديث عدي ولانه اجتمع المبيح والمحرم فيغلب جهة المحرم نصا او احتياطا قال ولو رده عليه الكلب
الثاني ولم يجرحه او مات بجرح الاول يكره اكله لوجود المشاركة في الاخذ وفقدها في الجرح وهذا بخلاف
ما اذا رده المجوسي عليه بنفسه حيث لا يكره لان فعل المجوسي ليس من جنس فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة
وتتحقق بين فعلي الكلبين لوجود المجانسة ولو لم يرده الكلب الثاني على الاول لكنه اشتد على الاول حتى
اشتد على الصيد فاخذه فقتله لا بأس باكله لان فعل الثاني اثر في الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد
به طلبا فكان تبعا لفعله لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع بخلاف ما اذا كان رده عليه لانه
لم يصر تبعا فيضاف اليهما قال واذا ارسل المسلم كلبه فزجره مجوسي فانزجر بزجره فلا بأس بصيده
والمراد بالزجر الاغراء بالصياح عليه وبالانزجار اظهار زيادة الطلب ووجهه ان الفعل يرفع
بما هو فوقه او مثله كما في نسخ الآي والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه قال ولو ارسله
مجوسي فزجره مسلم فانزجر لم يؤكل لان الزجر دون الارسال ولهذا لم يثبت به شبهة الحرمة فاولى
ان لا يثبت به الحل قال وكل من لا يجوز ذكاته كالمرتد والمحرم وتارك التسمية عامدا في هذا
بمنزلة المجوسي وان لم يرسله احد فزجره مسلم فانزجر فاخذ الصيد فلا بأس باكله لان الزجر
مثل الانفلات لانه وان كان دونه من حيث انه بناء عليه فهو فوقه من حيث انه فعل
فاستويا فصلح ناسخا ولو ارسل المسلم كلبه على صيد وسمى فادركه فضربه فوقذه ثم ضربه فقتله اكل
وكذا اذا ارسل كلبين فوقذه احدهما ثم قتله الآخر اكل لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح
لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا قال ولو ارسل رجلان كل واحد منهما كلبا فوقذه احدهما
فقتله الآخر اكل لما بينا والملك للاول لان الاول اخرجه عن حيز الصيدية الا ان الارسال
حصل على الصيد والمعتبر في الاباحة والحرمة حالة الارسال فلم يحرم بخلاف ما اذا كان الارسال
من الثاني بعد الخروج من الصيدية بجرح الكلب الاول فصل في الرمي ومن سمع حسا فظنه

حس صيد فرماه او ارسل كلبا او بازيا عليه فاصاب صيدا ثم تبين انه حس صيد حل المصاب
اي صيد كان لانه قصد الاصطياد وعن ابي يوسف رح انه خص من ذلك الخنزير لتغلظ
التحريم الا ترى انه لا تثبت الاباحة في شيء منه بخلاف السباع لانه يؤثر في جلده وزفر رحمه الله
خص منها ما لا يؤكل لحمه لان الارسال فيه ليس للاباحة ووجه الظاهر ان اسم الاصطياد
لا يختص بالماكول فوقع الفعل اصطيادا وهو فعل مباح في نفسه واباحة التناول ترجع الى المحل فتثبت
بقدر ما يقبله لحما وجلدا وقد لا يثبت اذا لم يقبله واذا وقع اصطيادا صار كانه
رمى الى صيد فاصاب غيره قال ولو تبين انه حس آدمي او حيوان اهلي لا يحل المصاب لان الفعل
ليس باصطياد والطير الداجن الذي ياوي البيوت اهلي والظبي الموثق بمنزلته لما بينا قال ولو رمى
الى طائر فاصاب صيدا ومر الطائر ولا يدري وحشي هو او غيره حل الصيد لان الوحشي قال ولو
رمى الى بعير فاصاب صيدا ولا يدري ناد هو ام لا لا يحل الصيد لان الاصل فيه
الاستيناس ولو رمى الى سمكة او جرادة فاصاب صيدا يحل في رواية عن ابي يوسف رح لانه صيد
وفي رواية اخرى عنه لا يحل لانه لا ذكاة فيهما ولو اصاب المسموع حسه وقد ظنه آدميا فاذا هو صيد
يحل لانه لا معتبر بظنه مع تعينه قال فاذا سمى الرجل عند الرمي اكل ما اصاب اذا جرح السهم
فمات لانه ذابح بالرمي لكون السهم آلة له فتشترط التسمية عنده وجميع البدن محل لهذا النوع من الذكاة
ولا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما بيناه قال وان ادركه حيا ذكاه وقد بيناه بوجوهها
حتى غاب والخلاف فيها في الفصل الاول فلا نعيده قال واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى
غاب عنه فلم يزل في طلبه حتى اصابه ميتا اكل وان قعد عن طلبه ثم اصابه ميتا لم يؤكل لما روي عن النبي عليه السلام
كره اكل الصيد عن الرامي وقال لعل هوام الارض قتلته ولان احتمال الموت بسبب آخر قائم فينبغي
ان يحل اكله لان الموهوم في هذا كالمتحقق لما روينا الا انا اسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة
ان لا يعرى الاصطياد عنه ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان التحرز عما يكون بسبب فعله
والذي رويناه حجة على مالك رح في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت يحل واذا بات ليلة لا يحل ولو
به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل لانه وهم يمكن الاحتراز عنه فاعتبر محرما بخلاف وهم الهوام وقيل
فارسال الكلب في هذا كالجواب في الرمي في جميع ما ذكرناه قال واذا رمى صيدا فوقع في الماء او وقع
على سطح او جبل ثم تردى منه الى الارض لم يؤكل لانه المتردية وهو حرام بالنص ولانه احتمل الموت
بغير الرمي اذ الماء مهلك وكذا السقوط من عال يؤيد ذلك قوله عليه السلام لعدي وان وقعت

رميتك في الماء فلا تأكل فانك لا تدري ان الماء قتله او سهمك وان وقع على الارض ابتداء اكل
لانه لا يمكن الاحتراز عنه وفي اعتباره سد باب الاصطياد بخلاف ما تقدم لانه يمكن التحرز عنه فصار
الاصل ان سبب الحرمة والحل اذا اجتمعا وامكن التحرز عما هو سبب الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطا
وان كان مما لا يمكن التحرز عنه جرى وجوده مجرى عدمه لان التكليف بحسب الوسع فمما يمكن الاحتراز
عنه اذا وقع على شجر او حائط او آجرة ثم على الارض او رماه وهو على جبل فتردى فوقع على رمح
منصوب او قصبة قائمة او على حرف آجرة او لبنة مصنوعة لاحتمال ان حد هذه الاشياء قتله ومما
لا يمكن الاحتراز عنه اذا وقع على الارض كما ذكرناه او على ما هو في معناه كجبل او ظهر بيت او صخرة فاستقر
عليها لان وقوعه عليه وعلى الارض سواء وذكر في المنتقى انه لو وقع على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال
الموت بسبب آخر وصححه الحاكم الشهيد وحمل مطلق المروي في الاصل على غير حالة الانشقاق
وحمله شمس الائمة السرخسي على ما اذا اصابه حد الصخرة فانشق بطنه لذلك وحمل المروي في الاصل
على انه لم يصبه من الآجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليه وذلك عفو وهذا اصح وان كان
الطير مائيا فان كانت الجراحة لم تنغمس في الماء اكل وان انغمست لا يؤكل كما في الماء قال وما اصاب
المعراض بعرضه لم يؤكل لقوله عليه السلام فيه وما اصاب بحده فكل وما اصاب بعرضه فلا تأكل ولانه لا بد من الجرح ليتحقق
معنى الذكاة على ما قدمناه قال ولا يؤكل ما اصابته البندقة فمات بها لانها تدق وتكسر ولا تجرح
فصار كالمعراض اذا لم يخزق وكذلك ان رماه بحجر وكذلك ان جرح قالوا تأويله اذا كان ثقيلا وبه حدة
لاحتمال انه قتله بثقله وان كان الحجر خفيفا وبه حدة يحل لتعين الموت بالجرح ولو كان الحجر خفيفا وجعله
طويلا كالسهم وبه حدة فانه يحل لانه يقتله بجرحه قال ولو رماه بمروة حديدة ولم تبضع بضعا
لا يحل لانه قتله دقا وكذا اذا رماه بها فابان راسه او قطع اوداجه في سبب قطع الاوداج
لان العروق تنقطع بثقل الحجر كما تنقطع بالقطع فوقع الشك في سبب قطع الاوداج او لعله مات
قبل قطع الاوداج قال ولو رماه بعصا او بعود حتى قتله لا يحل لانه يقتله ثقلا لا جرحا اللهم الا اذا كان له حد
فبضع بضعا فحينئذ لا باس به لانه بمنزلة السيف والرمح والاصل في هذه المسائل ان
الموت اذا كان مضافا الى الجرح بيقين كان الصيد حلالا واذا كان مضافا الى الثقل
بيقين كان حراما واذا وقع الشك ولا يدري انه مات بالجرح او بالثقل كان حراما احتياطا
وان رماه بسيف او بسكين فاصابه بحده فجرحه حل وان اصابه بقفا السكين او بمقبض
السيف لا يحل لانه قتله دقا والحديد وغيره فيه سواء ولو رماه فجرحه ومات بالجرح

او لبنة موضوعة صح

لا يحل لانه قتله صح

الجرح مدميا يحل بالاتفاق وان لم يكن مدميا فكذلك عند بعض المتأخرين سواء كانت
الجراحة كبيرة او صغيرة لان الدم قد يحتبس لضيق المنفذ او غلظ الدم وعند بعضهم يشترط
الادماء لقوله عليه السلام ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل شرط الانهار وعند
بعضهم ان كانت كبيرة حل بدون الادماء وان كانت صغيرة لا بد من الادماء قال
ولو ذبح شاة ولم يسل منها دم قيل لا يحل وقيل يحل ووجه القولين دخل فيما ذكرناه
قال واذا اصاب السهم ظلف الصيد او قرنه فان ادماه حل والا فلا وهذا يؤيد
بعض ما ذكرناه قال فان رمى صيدا فقطع عضوا منه اكل الصيد لما بيناه ولا يؤكل العضو
وقال الشافعي رح اكلا ان مات الصيد منه لانه مبان بذكاة الاضطرار فيحل المبان والمبان
منه كما اذا ابين الرأس بذكاة الاختيار بخلاف ما اذا لم يمت لانه ما ابين بالذكاة
ولنا قوله عليه السلام ما ابين من الحي فهو ميت ذكر الحي مطلقا فينصرف الى الحي حقيقة
وحكما والعضو المبان بهذه الصفة لان المبان منه حي حقيقة لقيام الحيوة فيه وكذا
حكما لانه يتوهم سلامته بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبره الشرع حتى لو وقع في الماء
وفيه حيوة بهذه الصفة يحرم وقوله ابين بالذكاة قلنا حال وقوعه لم يقع ذكاة لبقاء
الروح في الباقي وعند زواله لا يظهر في المبان لعدم الحيوة فيه ولا تبعية لزوالها بالانفصال
فصار هذا الحرف هو الاصل لان المبان من الحي حقيقة وحكما لا يحل والمبان من الحي
صورة لا حكما يحل وذلك بان يبقى في المبان منه حيوة بقدر ما يكون في المذبوح فانه
حيوة صورة لا حكما ولهذا لو وقع في الماء وبه هذا القدر من الحيوة او تردى من جبل
او سطح لا يحرم فيخرج عليه المسائل فنقول اذا قطع يدا او رجلا او فخذا او ثلثه مما يلي القوائم
او اقل من نصف الرأس يحرم المبان ويحل المبان منه لانه يتوهم بقاء الحيوة في الباقي ولو قده
بنصفين او قطعه اثلاثا والاكثر مما يلي العجز او قطع نصف رأسه او اكثر منه يحل المبان
والمبان منه لان المبان منه حي صورة لا حكما اذ لا يتوهم بقاء الحيوة بعد هذا الجرح
والحديث وان تناول السمك وما ابين منه ميتة الا انه ميتة حلال بالحديث الذي
رويناه قال ولو ضرب عنق شاة فابان رأسها يحل لقطع الاوداج ويكره هذا الصنيع
لابلاغه النخاع وان ضربه من قبل القفا ان مات قبل قطع الاوداج لا يحل وان لم يمت حتى قطع
الاوداج حل قال وان ضرب صيدا فقطع يدا او رجلا ولم يثخنه ان كان يتوهم الالتيام

والاندمال

والاندمال فاذا مات حل اكله لانه بمنزلة سائر اجزائه وان لا يتوهم بان بقي متعلقا بجلده حل
ما سواه لوجود الابانة معنى والعبرة للمعاني قال ولا يؤكل صيد المجوسي والمرتد والوثني لانهم ليسوا
من اهل الذكاة على ما قدمناه في الذبائح ولا بد منها في اباحة الصيد بخلاف النصراني
واليهودي لانه من اهل الذكاة اختيارا فكذا اضطرارا قال ومن رمى صيدا فاصابه
ولم يثخنه ولم يخرجه من حيز الامتناع فرماه آخر فقتله فهو للثاني لانه هو الآخذ وقد قال
عليه الصلوة والسلام الصيد لمن اخذه وان كان الاول اثخنه فرماه الثاني فقتله فهو
للاول ولم يؤكل لاحتمال الموت بالثاني وهو ليس بذكاة للقدرة على الذكاة الا
بخلاف الوجه الاول وهذا اذا كانت الرمية الاولى بحيث ينجو منه الصيد لانه حينئذ يكون الموت
مضافا الى الرمي الثاني اما اذا كان الرمي الاول بحال لا يسلم منه الصيد بان
لا يبقى فيه من الحيوة الا بقدر ما يبقى في المذبوح كما اذا ابان رأسه لان الموت لا يضاف
الى الرمي الثاني لان وجوده وعدمه بمنزلة وان كان الرمي الاول بحال لا يعيش
منه الصيد الا انه بقي فيه من الحيوة اكثر مما يكون بعد الذبح بان كان يعيش يوما او دونه
فعلى قول ابي يوسف رح لا يحرم بالرمية الثانية لان هذا القدر من الحيوة لا معتبر عنده على ما عرف من بعد
وصار الجواب فيه والجواب فيما اذا كان الاول بحال يسلم منه الصيد سواء ولا يحل
والثاني ضامن لقيمته للاول غير ما نقصته جراحته لانه بالرمي اتلف مملوكا له لانه ملكه بالرمي
المثخن وهو منقوص بجراحته وقيمة المتلف تعتبر يوم الاتلاف قال رضي الله عنه وهذا اذا علم
ان القتل حصل بالثاني بان كان الاول بحال يجوز ان يسلم الصيد منه والثاني بحال لا يسلم الصيد منه
ليكون القتل كله مضافا الى الثاني وقد قتل حيوانا مملوكا للاول منقوصا بالجراحة فلا يضمنه كملا
كما اذا قتل عبدا مريضا واذا علم ان الموت حصل من الجراحتين او لا يدري قال في الزيادات
يضمن الثاني ما نقصته جراحته ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين ثم يضمن نصف قيمة لحمه اما
الاول فلانه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه فيضمن ما نقصه اولا واما الثاني فلان الموت
حصل بالجراحتين فيكون هو متلفا نصفه وهو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين
لان الاول ما كانت بصنعه والثانية ضمنها مرة فلا يضمن ثانيا واما الثالث فلانه بالرمية
الاولى صار بحال يحل بذكاة الاختيار لولا الثانية فهذا بالرمي الثاني افسد عليه نصفه
الاول اللحم فيه وان كان رماه الاول ثانيا فالجواب في حكم الاباحة كالجواب فيما اذا كان

بحال صح

يحل صح

لا عبرة بها عنده وعند محمد رح يحرم لان هذا القدر من الحيوة صح

صيدا صح

ضمنه ولا يضمن النصف الآخر لانه ضمنه مرة فدخل ضمان اللحم فيه صح

او رمى غيره فيصير كما اذا رمى صيدا على قلة جبل فاثخنه ثم رماه ثانيا فانزله لا يحل لان الثاني
محرم كذا هذا ويجوز اصطياد ما يؤكل لحمه من الحيوان وما لا يؤكل لاطلاق ما تلونا والصيد لا يختص
بمأكول اللحم قال قائلهم صيد الملوك ارانب وثعالب واذا ركبت فصيدي الابطال ولان
صيده سبب الانتفاع بجلده او شعره او ريشه او لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع

كتاب الرهن الرهن لغة حبس الشيء باي سبب كان وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق
يمكن استيفاؤه منه كالديون وهو مشروع لقوله تعالى فرهان مقبوضة وبما روي انه عليه السلام اشترى من يهودي
طعاما ورهنه به درعه وقد انعقد على ذلك الاجماع ولانه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة
في طرف الوجوب وهي الكفالة قال الرهن ينعقد بالايجاب والقبول ويتم بالقبض قالوا الركن
الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة والقبض شرط اللزوم على ما نبينه
ان شاء الله تعالى وقال مالك رحمه الله يلزم بنفس العقد لانه يختص بالمال من الجانبين فصار
كالبيع ولانه عقد وثيقة فاشبه الكفالة ولنا ما تلوناه والمصدر المقرون بالفاء في محل الجزاء
يراد به الامر ولانه عقد تبرع لما ان الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئا ولهذا
لا يجبر عليه فلا بد من امضائه كما في الوصية وذلك بالقبض ثم يكتفى فيه بالتخلية في ظاهر الرواية
لانه قبض بحكم عقد مشروع فاشبه قبض المبيع وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يثبت في المنقول الا بالنقل
لانه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب بخلاف الشرى لانه ناقل للضمان من البائع الى المشتري
وليس بموجب ابتداء بمنزلة الغصب والاول اصح قال واذا قبضه المرتهن محوزا مفرغا متميزا تم العقد
فيه لوجود القبض بكماله فلزم العقد وما لم يقبضه فالراهن بالخيار ان شاء سلمه وان شاء رجع عن الرهن
لما ذكرنا ان اللزوم بالقبض اذ المقصود لا يحصل قبله قال فاذا سلمه اليه فقبضه دخل في ضمانه وقال
الشافعي رحمه الله هو امانة في يده ولا يسقط شيء من الدين بهلاكه لقوله عليه السلام لا يغلق الرهن
قالها ثلثا لصاحبه غنمه وعليه غرمه قال ومعناه لا يصير مضمونا بالدين ولان الرهن وثيقة
بالدين فبهلاكه لا يسقط الدين اعتبارا بهلاك الصك وهذا لان بعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة
والسقوط بالهلاك يضاد ما اقتضاه العقد اذ الحق به يتعرض للهلاك وهو ضد الصيانة ولنا
قوله عليه السلام للمرتهن بعدما نفق فرس الرهن عنده ذهب حقك وقوله عليه السلام اذا عمي الرهن فهو
بما فيه معناه على ما قالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعدما هلك الرهن واجماع الصحابة والتابعين
على ان الرهن مضمون مع اختلافهم في كيفيته فالقول بالامانة خرق له والمراد بقوله عليه السلام لا يغلق الرهن

على ما قالوا

الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة
وقال قائلهم وفارقتك برهن لا فكاك له
يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا والاحكام
الشرعية تنعطف على الالفاظ على وفق الانباء
ولان الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء م

على ما قالوا الاحتباس الكلي بان يصير مملوكا له كذا ذكره الكرخي رضي الله عنه عن السلف ولان الثابت
للمرتهن يد الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس لان الرهن ينبئ عن الحبس ولان يكون موصلا اليه وذلك
بملك اليد والحبس ليقع الامن من الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع
الى قضاء الدين لحاجته او لضجره واذا كان كذلك ثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهلاك فلو استوفاه
ثانيا يؤدي الى الربوا بخلاف حالة القيام لانه ينتقض هذا الاستيفاء بالرد على الراهن فلا يتكرر ولا وجه
الى استيفاء الباقي بدونه لانه لا يتصور والاستيفاء يقع بالمالية اما العين فامانة حتى كانت نفقة المرهون
على الراهن في حيوته وكفنه بعد مماته ولذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشرى اذا اشتراه المرتهن لان العين
امانة فلا ينوب عن قبض ضمان وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء وهذا يحقق الصيانة وان كان
فراغ الذمة من ضروراته كما في الحوالة والحاصل ان عندنا حكم الرهن صيرورة الرهن محتبسا بدينه باثبات
يد الاستيفاء عليه وعنده تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع فيخرج على الاصلين
هذين عدة من المسائل المختلف فيها بيناها وبينه عددناها في كفاية المنتهى جملة منها ان الراهن
ممنوع عن الاسترداد للانتفاع لانه يفوت موجبه وهو الاحتباس على الدوام وعنده لا يمنع منه
لانه لا ينافي موجبه وهو تعينه للبيع وسيأتيك البواقي في اثناء المسائل ان شاء الله تعالى
قال ولا يصح الرهن الا بدين لان حكمه ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء يتلو الوجوب قال
رضي الله عنه ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها فانه يصح الرهن بها
ولا دين ويمكن ان يقال ان الموجب الاصلي فيها القيمة ورد العين مخلص على ما عليه اكثر المشايخ
وهو دين ولهذا تصح الكفالة به ولئن كان لا يجب الا بعد الهلاك ولكنه يجب عند الهلاك بالقبض
السابق ولهذا تعتبر قيمته يوم القبض فيكون رهنا بعد وجود سبب وجوبه فيصح كما في الكفالة ولهذا
لا تبطل الحوالة المقيدة به بهلاكه الوديعة قال وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين فاذا هلك
في يد المرتهن وقيمته والدين سواء صار المرتهن مستوفيا لدينه حكما وان كانت قيمة الرهن اكثر
فالفضل امانة لان المضمون بقدر ما يقع به الاستيفاء وذلك بقدر الدين وان كانت اقل
سقط من الدين بقدره ورجع المرتهن بالفضل لان الاستيفاء بقدر المالية وقال زفر رحمه الله الرهن
مضمون بالقيمة حتى لو هلك الرهن وقيمته يوم رهن الف وخمسمائة والدين الف يرجع الراهن
على المرتهن بخمسمائة له حديث علي رضي الله عنه قال يترادان الفضل في الرهن في الزيادة على
الدين ولان الزيادة مرهونة لكونها محبوسة به فيكون مضمونة اعتبارا بقدر الدين ومذهبنا

في الدين م

مروي عن عمر وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما ولان يد المرتهن يد الاستيفاء والزيادة مضمونة
ضرورة امتناع الحبس لا اصل بدونها ولا ضرورة في حق الضمان والمراد بالتراد فيما روي حالة
البيع فانه روي عنه رضي الله عنه انه قال المرتهن امين في الفضل قال وللمرتهن ان يطالب
الراهن بدينه ويحبسه به لان حقه باق بعد الرهن والرهن لزيادة الصيانة فلا تمتنع به المطالبة والحبس جزاء
الظلم فاذا ظهر مطله عند القاضي يحبسه كما بيناه على التفصيل فيما تقدم في ادب القاضي في فصل الحبس واذا طلب المرتهن دينه
يؤمر باحضار الرهن لان قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز ان يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء
لانه يتكرر الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن وهو محتمل واذا احضره امر الراهن بتسليم
الدين اولا ليتعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقا للتسوية كما في تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع ثم
يسلم الثمن اولا وان طالبه بالدين في غير البلد الذي وقع العقد فيه ان كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة
فكذلك الجواب لان الاماكن كلها في حق التسليم كمكان واحد فيما ليس له حمل ولا مؤنة ولهذا
لا يشترط بيان مكان الايفاء فيه في باب السلم بالاجماع وان كان له حمل ومؤنة يستوفي
دينه ولا يكلف احضار الرهن لان هذا نقل والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان
الى مكان لانه يتضرر به زيادة الضرر ولم يلتزمه ولو سلط الراهن العدل على بيع المرهون
فباعه بنقد او نسيئة جاز لاطلاق الامر فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن احضار الرهن
لانه لا قدرة له على الاحضار وكذا اذا امر المرتهن بالدين لا يكلف احضار الرهن ببيعه فباعه
ولم يقبض الثمن لانه صار دينا بالبيع بامر الراهن فصار كأن الراهن رهنه وهو دين ولو قبضه يكلف
احضاره لقيام البدل مقام المبدل منه الا ان الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن لانه هو العاقد
فيرجع الحقوق اليه وكما يكلف احضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء نجم قد حل
لاحتمال الهلاك ثم اذا قبض الثمن يؤمر باحضاره لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين وهذا
بخلاف ما اذا قتل رجل العبد الرهن خطأ حتى قضي بالقيمة على عاقلته في ثلث سنين لم يجبر
الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة لان القيمة خلف عن الرهن فلا بد من احضار كلها كما لا بد
من احضار كل عين الرهن وما صارت قيمة بفعله وفيما تقدم صار دينا بفعل الراهن فلهذا افترقا
ولو وضع الرهن على يد العدل وامره ان يودعه غيره ففعل ثم جاء المرتهن وطلب دينه لا يكلف
احضار الرهن لانه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرته ولو وضعه
في يد من في عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذي في يده يقول اودعني فلان ولا ادري لمن هو

يجبر

يجبر الراهن على قضاء الدين لان احضار الرهن ليس على المرتهن لانه لم يقبض شيئا وكذلك
اذا غاب العدل بالرهن ولا يدري اين هو لما قلنا ولو ان الذي اودعه العدل جحد الرهن
وقال هو مالي لم يرجع المرتهن على الراهن بشيء حتى يثبت كونه رهنا لانه لما جحد فقد توى المال
والتوى على المرتهن فيتحقق استيفاء الدين فلا يملك المطالبة به قال وان كان الرهن في يده
ليس عليه ان يمكنه من البيع حتى يقضيه الدين لان حكمه الحبس الدائم الى ان يقضي الدين لما بيناه ولو قضاه
البعض فله ان يحبس كل الرهن حتى يستوفي البقية اعتبارا بحبس المبيع فاذا قضاه الدين قيل له
سلم الرهن اليه لانه زال المانع من التسليم لوصول الحق الى مستحقه فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن
ما قضاه لانه صار مستوفيا عند الهلاك بالقبض السابق فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء
فيجب رده وكذلك لو تفاسخا الرهن له حبسه ما لم يقبض الدين او يبرئه ولا يبطل الرهن الا بالرد
على الراهن على وجه الفسخ لانه يبقى مضمونا ما بقي القبض والدين ولو هلك في يده سقط الدين
اذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن وليس للمرتهن ان ينتفع بالرهن لا باستخدام ولا سكنى
ولا لبس الا ان يأذن له المالك لان له حق الحبس دون الانتفاع وليس له ان يبيع الا بتسليط
من الراهن وليس له ان يؤاجر ويعير لانه ليس له ولاية الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه
فان فعل كان متعديا ولا يبطل عقد الرهن بالتعدي قال وللمرتهن ان يحفظ الرهن
بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذي في عياله قال رضي الله عنه معناه ان يكون الولد في
عياله ايضا وهذا لان عينه امانة في يده فصار كالوديعة وان حفظه بغير من في عياله او اودعه
ضمن وهل يضمن الثاني فهو على الخلاف وقد بينا جميع ذلك بدلائله في الوديعة واذا تعدى المرتهن
في الرهن ضمنه ضمان الغصب بجميع قيمته لان الزيادة على مقدار الدين امانة والامانات تضمن بالتعدي
ولو رهنه خاتما فجعله في خنصره فهو ضامن لانه متعد بالاستعمال لانه غير ماذون فيه وانما
الاذن بالحفظ واليمنى واليسرى في ذلك سواء لان العادة فيه مختلفة فلو جعله في بقية الاصابع كان
رهنا بما فيه لانه لا يلبس كذلك عادة فكان من باب الحفظ وكذا الطيلسان ان لبسه لبسا معتادا
ضمن وان وضعه على عاتقه لم يضمن ولو رهنه سيفين او ثلثة فتقلدها لم يضمن في الثلثة وضمن
في السيفين لان العادة جرت بين الشجعان بتقلد السيفين في الحرب ولم تجر في الثلثة وان
لبس خاتما فوق خاتم ان كان هو ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن وان كان لا يتجمل بذلك فهو حافظ
فلا يضمن قال واجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن على المرتهن وكذلك اجرة الحافظ واجرة

مسئلة مهمة

الراعي ونفقة الرهن على الراهن والاصل ان ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن سواء كان في الرهن فضل او لم يكن لان العين باق على ملكه وكذلك منافعه مملوكة له فيكون اصلاحه وتبقيته عليه لما انه مؤنة ملكه كما في الوديعة وذلك مثل النفقة في ماكله ومشربه واجرة الراعي في معناه لانه علف الحيوان ومن هذا الجنس كسوة الرقيق واجرة ظئر ولد الرهن وكري النهر وسقي البستان وتلقيح نخيله وجداده والقيام بمصالحه وكل ما كان لحفظه او لرده الى يد المرتهن او لرد جزء منه فهو على المرتهن مثل اجرة الحافظ لان الامساك حق له والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه وكذلك اجرة البيت الذي يحفظ الرهن فيه وهذا في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله ان كراء المأوى على الراهن بمنزلة النفقة لانه سعي في تبقيته ومن هذا القسم جعل الآبق فانه على المرتهن لانه يحتاج الى اعادة يد الاستيفاء التي كانت له ليرده فكانت من مؤنة الرد فيلزمه وهذا اذا كانت قيمة الرهن والدين سواء وان كانت قيمة الرهن اكثر فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الزيادة لانه امانة في يده والرد لاعادة اليد ويده في الزيادة يد المالك اذ هو كالمودع فيكون على المالك وهذا بخلاف اجرة البيت الذي ذكرنا فان كلها يجب على المرتهن وان كان في قيمة الرهن فضل لان وجوب ذلك بسبب الحبس وحق الحبس في الكل ثابت له فاما الجعل انما يلزمه لاجل الضمان فيتقدر بقدر المضمون قال ومداواة الجراح والقروح ومعالجة الامراض والفداء من الجناية تنقسم على المضمون والامانة والخراج على الراهن خاصة لانه من مؤنة الملك والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين ولا يبطل الرهن في الباقي لان وجوبه لا ينافي ملكه بخلاف الاستحقاق وما اداه احدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوع وما انفق احدهما مما يجب على الآخر بامر القاضي رجع عليه كان صاحبه امره به لان ولاية القاضي عامة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يرجع اذا كان صاحبه حاضرا وان كان بامر القاضي وقال ابو يوسف رحمه الله يرجع في الوجهين وهي فرع مسئلة الحجر والله اعلم

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

قال رضي الله عنه لا يجوز رهن المشاع وقال الشافعي رحمه الله يجوز ولنا فيه وجهان احدهما يبتنى على حكم الرهن فانه عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهذا لا يتصور فيما تناوله العقد وهو المشاع وعنده المشاع يقبل ما هو الحكم عنده وهو تعينه للبيع والثاني ان موجب الرهن هو الحبس الدائم لانه لم يشرع الا مقبوضا بالنص او بالنظر الى المقصود منه وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه وكل ذلك يتعلق بالدوام ولا يفضي اليه الا باستحقاق الحبس ولو جوزناه في المشاع يفوت الدوام لانه لا بد من المهاياة فيصير كما اذا قال رهنتك يوما ويوما لا ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وما لا يحتملها

بخلاف

بخلاف الهبة حيث تجوز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع في الهبة غرامة القسمة وهو فيما يقسم اما حكم الهبة الملك والمشاع يقبله وههنا الحكم ثبوت يد الاستيفاء والمشاع لا يقبله وان كان لا يحتمل القسمة قال ولا يجوز من شريكه لانه لا يقبل حكمه على الوجه الاول وعلى الوجه الثاني يسكن يوما بحكم الملك ويوما بحكم الرهن فيصير كانه رهن يوما ويوما لا قال والشيوع الطارئ يمنع بقاء الرهن في رواية الاصل وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يمنع لان حكم البقاء اسهل من حكم الابتداء فاشبه الهبة وجه الاول ان الامتناع لعدم المحلية وما يرجع اليه فالابتداء والبقاء سواء كالمحرمية في باب النكاح بخلاف الهبة لان المانع ثم حكمها وهو الملك واعتبار القبض في الابتداء لنفي الغرامة على ما بيناه فلا حاجة الى اعتباره في حالة البقاء ولهذا يصح الرجوع في بعض الهبة ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن قال ولا رهن ثمرة على رؤس النخل دون النخيل ولا زرع الارض دون الارض ولا رهن النخل في الارض دونها لان المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة فكان في معنى الشائع وكذا اذا رهن الارض دون النخيل او دون الزرع او النخيل دون الثمر لان الاتصال يقوم بالطرفين فصار الاصل ان المرهون اذا كان متصلا بما ليس بمرهون لم يجز لانه لا يمكن قبض المرهون وحده وعن ابي حنيفة رحمه الله ان رهن الارض بدون الشجرة جائز لان الشجر اسم للنابت فيكون استثناء الشجر بمواضعها بخلاف ما اذا رهن الدار دون البناء لان البناء اسم للمبني فيصير راهنا جميع الارض وهي مشغولة بملك الراهن ولو رهن النخيل بمواضعها جاز لان هذه مجاورة وهي لا تمنع الصحة ولو كان فيه ثمر يدخل في الرهن لانه تابع لاتصاله به فيدخل تبعا تصحيحا للعقد بخلاف البيع لان بيع النخل بدون الثمر جائز فلا ضرورة الى ادخاله من غير ذكره وبخلاف المتاع في الدار حيث لا يدخل في رهن الدار من غير ذكر لانه ليس بتابع بوجه ما وكذا يدخل الزرع والرطبة في رهن الارض ولا يدخل في البيع لما ذكرنا في الثمرة قال ويدخل البناء والغرس في رهن الارض والدار والقرية لما ذكرنا ولو رهن الدار بما فيها جاز ولو استحق بعضه ان كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهنا بحصته والا بطل كله لان الرهن حصل كانه ما ورد الا على الباقي قال ويمنع التسليم كون الراهن او متاعه في الدار المرهونة وكذا متاعه في الوعاء المرهون ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها فلا يتم حتى يلقي الحمل لانه شاغل لها بخلاف ما اذا رهن متاعا بحمل دونها حيث يكون رهنا تاما اذا دفعها اليه لان الدابة مشغولة به فصار هذا كما اذا رهن متاعا في دار او وعاء دون الدار

فهو متطوع وما انفق احدهما مما يجب على الآخر بامر القاضي رجع عليه كان صاحبه امره

قوله لتعلقه بالعين يعني تعلق العشر بالعين ... وتعلق حق المرتهن بالعين جميعا ... [illegible] ... يمنع وجوب الزكوة دون العشر والخراج ... حلال الدين بجازر الكاتب

والوعاء وبخلاف ما إذا رهن سرجا على دابة أو لجاما في رأسها ودفع الدابة مع
السرج واللجام حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه منها ثم يسلمه إليه لأنه من توابع الدابة بمنزلة الثمر
للنخيل حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر. قال ولا يصح الرهن بالأمانات كالودائع والعواري والمضاربات و
مال الشركة لأن القبض في باب الرهن قبض مضمون فلا بد من ضمان ثابت ليقع القبض مضمونا
ويتحقق استيفاء الدين منه وكذلك لا يصح بالأعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع لأن الضمان
ليس بواجب فإنه إذا هلك العين لم يضمن البائع شيئا لكنه يسقط الثمن وهو حق البائع فلا يصح
الرهن فأما الأعيان المضمونة بعينها وهو أن يكون مضمونا بالمثل أو بالقيمة عند
هلاكه مثل المغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد يصح الرهن بها لأن الضمان
متقرر فإنه إذا كان قائما وجب تسليمه وإن كان هالكا تجب قيمته فكان رهنا بما هو
مضمون فيصح. قال والرهن بالدرك باطل والكفالة بالدرك جائزة والفرق أن الرهن
للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب وإضافة التمليك إلى زمان في المستقبل
لا تجوز أما الكفالة فلالتزام المطالبة والتزام الأفعال يصح مضافا إلى المآل كما في الصوم
والصلاة ولهذا تصح الكفالة بما ذاب له على فلان ولا يصح الرهن به فلو قبضه قبل الوجوب
فهلك عنده يهلك أمانة لأنه لا عقد حيث وقع باطلا بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو أن
يقول رهنتك هذا لتقرضني ألف درهم وهلك في يد المرتهن حيث يهلك بما سمي من المال
بمقابلته لأن الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة ولأنه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار
وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيضمنه. قال ويصح الرهن برأس مال السلم
وثمن الصرف والمسلم فيه وقال زفر رحمه الله لا يجوز لأن حكمه الاستيفاء وهذا استبدال
لعدم المجانسة وباب الاستبدال فيها مسدود ولنا أن المجانسة ثابتة في المالية فيتحقق الاستيفاء
من حيث المال وهو المضمون على ما مر. قال والرهن بالمبيع باطل لما بيناه أنه غير مضمون بنفسه
فإن هلك ذهب بغير شيء لأنه لا اعتبار للباطل فبقي قبضا بإذنه وإن هلك الرهن بثمن
الصرف ورأس مال السلم في مجلس العقد تم الصرف والسلم وصار المرتهن مستوفيا لتحقق القبض
حكما وإن افترقا قبل هلاك الرهن بطلا لفوات القبض حقيقة وحكما وإن هلك الرهن بالمسلم فيه
بطل السلم بهلاكه ومعناه أنه يصير مستوفيا للمسلم فيه فلم يبق السلم ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه
رهن يكون ذلك رهنا برأس المال حتى يحبسه لأنه بدله فصار كالمغصوب إذا هلك وبه رهن

رهن يكون

ضربان

بلغ مقابلة

٣٩٢

رهن يكون رهنا بقيمته ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه لأنه
رهنه به وإن كان محبوسا بغيره كمن باع عبدا وسلم المبيع وأخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له
أن يحبسه لأخذ المبيع لأن الثمن بدله ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا وكذا لو اشترى عبدا شراء
فاسدا وأدى ثمنه له أن يحبسه ليستوفي الثمن ثم لو هلك المشتري في يد المشتري يهلك بقيمته. قال
ولا يجوز رهن الحر والمكاتب والمدبر وأم الولد لأن حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء ولا يتحقق
الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية في الحر وقيام المانع في الباقين ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس وكذا
بالقصاص في النفس وما دونه لتعذر الاستيفاء بخلاف ما إذا كانت الجناية خطأ لأن استيفاء
الأرش من الرهن ممكن ولا يجوز الرهن بالشفعة لأن المبيع غير مضمون على المشتري ولا بالعبد الجاني و
العبد المديون لأنه غير مضمون على المولى فإنه لو هلك لا يجب عليه شيء ولا بأجرة النائحة والمغنية حتى
لو ضاع لم يكن مضمونا لأنه لا يقابله شيء مضمون. قال ولا يجوز للمسلم أن يرهن خمرا أو يرتهنه
من مسلم أو ذمي لتعذر الإيفاء والاستيفاء في حق المسلم ثم الراهن إذا كان ذميا فالخمر مضمون
عليه للذمي كما إذا غصبه وإن كان المرتهن ذميا لم يضمنها للمسلم كما لا يضمنها بالغصب منه بخلاف
ما جرى ذلك فيما بينهم لأنها مال في حقهم. قال ولو اشترى عبدا ورهن بثمنه عبدا أو خلا أو شاة
مذبوحة ثم ظهر العبد حرا أو الخل خمرا والشاة ميتة فالرهن مضمون لأنه رهنه بدين واجب ظاهرا
وكذا إذا قتل عبدا ورهن بقيمته رهنا ثم ظهر أنه حر وهذا كله على ظاهر الرواية وكذا إذا صالح على إنكار
ورهن بما صالح عليه رهنا ثم تصادقا أن لا دين فالرهن مضمون وعن أبي يوسف رحمه الله خلافه وكذا
قياسه فيما تقدم من جنسه. قال ويجوز للأب أن يرهن بدين عليه عبدا لابنه الصغير لأنه يملك الإيداع
وهذا أنظر في حق الصبي منه لأن قيام المرتهن بحفظه أبلغ خيفة الغرامة ولو هلك يهلك مضمونا
والوديعة تهلك أمانة والوصي بمنزلة الأب في هذا الباب لما بيناه وعن أبي يوسف وزفر رحمهما الله
أنه لا يجوز ذلك منهما وهو القياس اعتبارا بحقيقة الإيفاء ووجه الفرق على الظاهر وهو الاستحسان
أن في حقيقة الإيفاء إزالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال وفي هذا نصب حافظ لماله
ناجزا مع بقاء ملكه فوضح الفرق وإذا جاز الرهن يصير المرتهن مستوفيا دينه لو هلك
في يده ويصير الأب أو الوصي موفيا له ويضمنه للصبي لأنه قضى دينه بماله وكذلك لو سلطا المرتهن على بيعه
لأنه وكيل بالبيع وهما يملكانه قالوا أصل هذه المسألة البيع فإن الأب أو الوصي إذا
باع مال الصبي من غريم نفسه جاز وتقع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما وعند أبي يوسف رحمه الله

فاسدا ح

أما الميتة فليست بمال عندهم فلا يجوز رهنها ولا ارتهانها فيما بينهم كما لا يجوز بين المسلمين

لا تقع المعاوضة وكذا وكيل البائع بالبيع والرهن تبطل البيع نظرا الى عاقبته من حيث وجوب الضمان
واذا رهن الاب من نفسه او من ابن له صغير او عبد له تاجر لا دين عليه جاز لان الاب لوفور شفقته
انزل منزلة شخصين واقيمت عبارته مقام عبارتين في هذا العقد كما في بيعه مال الصغير من نفسه فتولى
طرفي العقد ولو ارتهنه الوصي من نفسه او من هذين او رهن عينا له من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز لانه وكيل
محض والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما لا يتولاهما في البيع وهو قاصر الشفقة فلا يعدل
عن الحقيقة في حقه الحاقا له بالاب والرهن من ابنه الصغير او من عبده التاجر الذي ليس عليه دين
بمنزلة الرهن من نفسه بخلاف ابنه الكبير وابيه وعبده المديون لانه لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع اذا
باع من هؤلاء لانه متهم فيه ولا تهمة في الرهن لان له حكما واحدا وان استدان الوصي لليتيم في كسوته
وطعامه فرهن به متاعا لليتيم جاز لان الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع ايفاء للحق فيجوز
وكذلك اذا اتجر لليتيم فارتهن او رهن لان الاولى له التجارة تثميرا لمال اليتيم فلا يجد بدا
من الارتهان والرهن لانه ايفاء واستيفاء قال واذا رهن الاب متاع الصغير فادرك
الابن ومات الاب ليس للابن ان يرده حتى يقضي الدين لوقوعه لازما من جانبه اذ تصرف الاب
بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه ولو كان الاب رهنه لنفسه فقضاه الابن رجع به في مال
الاب لانه مضطر فيه لحاجته الى احياء ملكه فاشبه معير الرهن وكذلك اذا هلك قبل ان يفتكه لان الاب
يصير قاضيا دينه بماله فله ان يرجع عليه ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله
على امرين جائزين فان هلك ضمن الاب حصته من ذلك للولد لايفائه دينه من ماله بهذا المقدار
وكذا الوصي وكذلك الجد اب الاب اذا لم يكن الاب قال ولو رهن الوصي متاعا لليتيم في دين
استدانه عليه فقبض المرتهن ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي فانه خرج من الرهن لان فعل الوصي كفعله بنفسه
بعد البلوغ لانه استعاره لحاجة الصبي والحكم لانه غير متعد بهذه الاستعارة اذ هي لحاجة
الصبي ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصبي لانه متعد اذ ليس له ولاية الاستعمال في حاجة نفسه
ولو غصبه الوصي بعدما رهنه فاستعمله في حاجة نفسه حتى هلك عنده فالوصي ضامن لقيمته لانه
متعد في حق المرتهن بالغصب والاستعمال وفي حق الصبي بالاستعمال في حاجة نفسه فيقضي به الدين
ان كان قد حل فان كانت قيمته مثل الدين اداه الى المرتهن ولا يرجع على اليتيم لانه وجب
لليتيم عليه مثل ما وجب له على اليتيم فالتقيا قصاصا وان كانت قيمته اقل من الدين
ادى قدر القيمة الى المرتهن وادى الزيادة من مال اليتيم لان المضمون عليه قدر

القيمة

القيمة لا غير ولو كانت قيمته اكثر من الدين ادى قدر الدين من القيمة الى المرتهن والفضل لليتيم وان كان
لم يحل الدين فالقيمة رهن لانه ضامن للمرتهن بتفويت حقه المحترم فتكون رهنا عنده ثم اذا حل الاجل
كان الجواب على التفصيل الذي فصلناه ولو انه غصبه واستعمله لحاجة الصغير ليس بتعد وكذا الاخذ لانه
ولاية اخذ مال اليتيم ولهذا قال في كتاب الاقرار اذا اقر الاب او الوصي بغصب مال اليتيم لا يلزمه شيء لانه
لا يتصور غصبه لما ان له ولاية الاخذ فاذا هلك في يده يضمنه للمرتهن فيأخذه بدينه ان كان قد
حل ويرجع الوصي على الصغير لانه ليس بمتعد بل هو عامل له وان كان لم يحل تكون رهنا عند المرتهن ثم اذا حل
الدين يأخذ دينه منه ويرجع الوصي على الصبي بذلك لما ذكرنا قال ويجوز رهن الدراهم
والدراهم والدنانير والمكيل والموزون لانه يتحقق الاستيفاء منه فكان محلا للرهن فان
رهنت بجنسها فهلكت هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا في الجودة لانه لا معتبر بالجودة عند المقابلة
بجنسها وهذا عند ابي حنيفة لان عنده يصير مستوفيا باعتبار الوزن دون القيمة وعندهما
يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنا مكانه وفي الجامع فان رهن ابريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع
فهو بما فيه قال رضي الله عنه معناه ان يكون قيمته مثل وزنه او اكثر وهذا الجواب في الفصلين
وفي الوجهين بالاتفاق لان الاستيفاء عنده باعتبار الوزن وعندهما باعتبار القيمة
وهي مثل الدين في الاول وزيادة عليه في الثاني فيصير بقدر الدين مستوفيا فان كانت
قيمته اقل من الدين فهو على الخلاف المذكور لهما انه لا وجه الى الاستيفاء بالوزن لما فيه
من الضرر بالمرتهن ولا الى اعتبار القيمة لانه يؤدي الى الربوا فصرنا الى التضمين بخلاف الجنس
لينتقض القبض ويجعل مكانه ثم يتملكه وله ان الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية
عند المقابلة بجنسها واستيفاء الجيد بالردي جائز كما اذا تجوز به وقد حصل الاستيفاء
بالاجماع ولهذا يحتاج الى نقضه بايجاب الضمان لانه لا بد له من مطالب ومطالب وكذا
لا يضمن ملك نفسه ويتعذر التضمين فيتعذر النقض وقيل هذه فرعية ما اذا استوفى الزيوف
مكان الجياد فهلكت ثم علم بالزيادة وهو معروف غير ان البناء لا يصح على ما هو المشهور لان محمدا
فيها مع ابي حنيفة رحمه الله وفي هذا مع ابي يوسف والفرق لمحمد انه قبض الزيوف ليستوفي من
عينها والزيافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك وقبض الرهن ليستوفي من محل آخر فلا بد من
نقض القبض وقد امكن عنده بالتضمين ولو انكسر الابريق ففي الوجه الاول وهو ما اذا كانت قيمته
مثل وزنه عند ابي حنيفة وابي يوسف لا يجبر على الفكاك لانه لا وجه الى ان يذهب شيء من الدين

لانه يصير قاضيا دينه بالجودة على الانفراد ولا الى ان يضمنه مع النقصان لما فيه من الضرر فخيرناه ان شاء افتكه بما فيه وان شاء ضمنه قيمته من جنسه او خلاف جنسه فيكون رهنا عند المرتهن والمكسور للمرتهن بالضمان وعند محمد ان شاء افتكه ناقصا وان شاء جعله بالدين اعتبارا لحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفكاك مجانا صار بمنزلة الهلاك الحقيقي بالدين بالاجماع فكذا ما هو في معناه قلنا الاستيفاء عند الهلاك بالمالية وطريقه ان يكون ثم تقع المقاصة وفي جعله بالدين اغلاق وهو حكم جاهلي فكان التضمين بالقيمة اولى وفي الوجه الثالث وهو ما اذا كانت قيمته اقل من وزنه ثمانية يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه او رديا من جنسه ويكون رهنا عنده وهذا بالاتفاق اما عندهما ظاهر وكذلك عند محمد لانه يعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك والهلاك عنده بالقيمة وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كانت قيمته اكثر من وزنه اثني عشر عند ابي حنيفة رحمه الله يضمن قيمته ويكون رهنا عنده لان العبرة للوزن عنده لا للجودة والرداءة فان كان باعتبار الوزن كله مضمونا يجعل كله مضمونا وان كان بعضه مضمونا وهذا لان الجودة تابعة للذات ومتى صار الاصل مضمونا استحال ان يكون التابع امانة وعند ابي يوسف رحمه الله يضمن خمسة اسداس قيمته ويكون خمسة اسداس الابريق له بالضمان وسدسه يفرز حتى لا يبقى الرهن شائعا ويكون مع قيمة خمسة الاسداس المكسورة رهنا فعنده تعتبر الجودة والرداءة ويجعل زيادة القيمة كزيادة الوزن كان وزنه اثني عشر وهذا لان الجودة متقومة في ذاتها حتى يعتبر عند المقابلة بخلاف جنسها وعند تصرف المريض وان كانت لا تعتبر عند المقابلة بجنسها سمعا فامكن اعتبارها وفي بيان قول محمد نوع طول يعرف في موضعه من المبسوط والزيادات مع جميع شعبها قال ومن باع عبدا على ان يرهنه المشتري شيئا بعينه استحسانا والقياس ان لا يجوز وعلى هذا القياس والاستحسان اذا باع على ان يعطيه كفيلا معينا حاضرا في المجلس فقبل وجه القياس انه صفقة في صفقة وهو منهي عنه ولانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما ومثله يفسد البيع وجه الاستحسان انه شرط ملائم للعقد لان الرهن والكفالة للاستيثاق وانه يلائم الوجوب واذا كان الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم فيصح العقد واذا لم يكن الرهن او الكفيل معينا او كان الكفيل غائبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة فبقي الاعتبار لعينه فيفسد ولو كان غائبا فحضر في المجلس وقبل صح فان امتنع المشتري عن تسليم الرهن لم يجبر عليه وقال زفر رحمه الله يجبر لان الرهن اذا شرط في العقد صار حقا

فرحقوقه

فرحقوقه كما لو كالة المشروطة في الرهن فيلزم بلزومه ونحن نقول الرهن عقد تبرع من جانب الراهن على ما بيناه ولا جبر على التبرعات لكن البائع بالخيار ان شاء رضي بترك الرهن وان شاء فسخ العقد لانه وصف مرغوب فيه وما رضي الا به فيتخير بفواته الا ان يدفع المشتري الثمن حالا لحصول المقصود او يدفع قيمة الرهن رهنا لان يد الاستيفاء تثبت على المعنى وهو القيمة ومن اشترى شيئا بدراهم فقال للبائع امسك هذا الثوب حتى اعطيك الثمن فالثوب رهن لانه اتى بما ينبئ عن معنى الرهن وهو الحبس الى وقت الاعطاء والعبرة في العقود للمعاني حتى كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة في ضد ذلك كفالة وقال زفر رحمه الله لا يكون رهنا ومثله عن ابي يوسف رحمه الله لان قوله امسك يحتمل الرهن ويحتمل الايداع والثاني اقلهما فيقضى بثبوته بخلاف ما اذا قال امسكه بدينك او بمالك لانه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن قلنا لما مده الى الاعطاء علم ان مراده الرهن

فصل ومن رهن عبدين بالف درهم فقضى حصة احدهما لم يكن له ان يقبضه حتى يؤدي باقي الدين وحصة كل واحد ما يخصه اذا قسم الدين على قيمتهما وهذا لان الرهن محبوس بكل الدين فيكون محبوسا بكل جزء من اجزائه مبالغة في حمله على قضاء الدين فصار كالمبيع في يد البائع فان سمى لكل واحد من عيني الرهن شيئا من المال الذي رهنه به فكذلك الجواب في رواية الاصل وفي الزيادات له ان يقبضه اذا ادى ما سمى له وجه الاول ان العقد متحد لا يتفرق بتفرق التسمية كما في البيع وجه الثاني لا حاجة الى الاتحاد لان احد العقدين لا يصير مشروطا في الآخر الا ترى انه لو قبل الرهن في احدهما دون الآخر جاز قال وان رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما لان الرهن اضيف الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوع فيه وموجبه صيرورته محتبسا بالدين وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزي فصار محبوسا لكل واحد منهما وهذا بخلاف الهبة في رجلين حيث لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله قال وان تهايئا فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر والمضمون على كل واحد منهما حصته لان عند الهلاك يصير كل واحد منهما مستوفيا حصته اذ الاستيفاء مما يتجزى قال فان اعطى احدهما دينه كان كله رهنا في يد الآخر لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق وعلى هذا حبس المبيع اذا ادى احد المشتريين حصته قال وان رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا واحدا فهو جائز والرهن رهن في كل الدين وللمرتهن ان يمسكه حتى يستوفي جميع الدين لان قبض الرهن يحصل في الكل من غير شيوع قال فان اقام الرجلان كل واحد منهما البينة على رجل انه رهنه عبده الذي في يديه وقبضه فهو باطل لان كل واحد منهما اثبت ببينته انه رهنه كل العبد ولا وجه

الى القضاء لكل واحد منهما بالكل لان العبد الواحد يستحيل ان يكون كله رهنا لهذا ورهنا لذلك في حالة واحدة ولا الى القضاء بكله لواحد بعينه لعدم الاولوية ولا الى القضاء لكل واحد منهما بالنصف لانه يؤدي الى الشيوع فتعذر العمل بهما وتعين التهاتر ولا يقال انه يكون رهنا لهما كانهما ارتهناه معا اذا جهل التاريخ بينهما وحمل على كون الشهادات بهذا وجه الاستحسان لانا نقول هذا عمل صالح على خلاف ما اقتضته الحجة لان كلا منهما اثبت ببينته حبسا يكون وسيلة الى مثله في الاستيفاء وبهذا القضاء يثبت حبس يكون وسيلة الى شطره في الاستيفاء وليس هذا عملا على وفق الحجة وما ذكرناه ان كان قياسا لكن محمد رحمه الله اخذ به لقوته واذا وقع باطلا فلو هلك يهلك امانة لان الباطل لا حكم له قال ولو مات الراهن والعبد في ايديهما فاقام كل واحد منهما البينة على ما وصفنا كان في يد كل واحد منهما نصفه رهنا يبيعه بحقه استحسانا وهو قول ابي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله وفي القياس هذا باطل وهو قول ابي يوسف رحمه الله لان الحبس للاستيفاء حكم اصلي لعقد الرهن فيكون القضاء به قضاء بالعقد الرهن وانه باطل للشيوع كما في حالة الحيوة وجه الاستحسان ان العقد لا يراد لذاته وانما يراد به لحكمه وحكمه في حال الحيوة الحبس والشيوع يضره وبعد الممات الاستيفاء بالبيع في الدين والشيوع لا يضره كما اذا ادعى الرجلان نكاح امرأة وادعت اختان النكاح على رجل واقاموا البينة تهاترت في حالة الحيوة ويقضى بالميراث بينهما بعد الممات لانه يقبل الانقسام باب الرهن يوضع على يد عدل واذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل جاز وقال مالك رحمه الله لا يجوز ذكر قوله في بعض النسخ لان يد العدل يد المالك ولهذا يرجع العدل عليه عند الاستحقاق فانعدم القبض ولنا ان يده على الصورة يد المالك في الحفظ اذ العين امانة في يده وفي حق المالية يد المرتهن لان يده يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل منزلة الشخصين تحقيقا لما قصداه في الرهن وانما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق لانه نائب عنه في حفظ العين كالمودع وليس للمرتهن ولا للراهن ان ياخذه منه لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده وامانته وتعلق حق المرتهن به استيفاء فلا يملك احدهما ابطال حق الآخر فلو هلك في يده يهلك في ضمان المرتهن لان يده في حق المالية يد المرتهن وهي المضمونة ولو دفع العدل الى الراهن او الى المرتهن ضمن لانه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية واحدهما اجنبي عن الآخر والمودع يضمن بالدفع الى الاجنبي قال واذا ضمن العدل قيمة الرهن بعد ما دفع الى احدهما وقد استهلكه

المدفوع اليه او هلك في يده لا يقدر ان يجعل القيمة رهنا في يده لانه يصير قاضيا ومقتضيا وبينهما تناف لكن يتفقان على ان ياخذاها منه ويجعلاها رهنا عنده او عند غيره وان تعذر اجتماعهما يرفع احدهما الى القاضي ليفعل كذلك ولو فعل ذلك ثم قضى الراهن الدين وقد ضمن العدل القيمة سالمة له لوصول المرهون الى الراهن ووصول الدين الى المرتهن ولا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد وان كان ضمن بالدفع الى المرتهن فللراهن ان ياخذ القيمة منه لان العين لو كان قائما في يده ياخذه اذا ادى الدين فكذلك ياخذ ما قام مقامه ولا جمع فيه بين البدل والمبدل قال واذا وكل الراهن المرتهن او العدل او غيرهما ببيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة جائزة لانه توكيل ببيع ماله فان شرطت في عقد الرهن فليس للراهن ان يعزل الوكيل وان عزله لم ينعزل لانها لما شرطت في ضمن عقد الرهن صار وصفا من اوصافه وحقا من حقوقه الا ترى انه لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم اصله ولانه تعلق به حق المرتهن وفي العزل اتواء حقه وصار كالوكيل بالخصومة بطلب المدعي ولو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه لانه لازم باصله فكذا بوصفه لما ذكرنا وكذا اذا عزله المرتهن لا ينعزل لانه لم يوكله وانما وكله غيره وان مات الراهن لم ينعزل لان الرهن لم يبطل بموته ولانه لو بطل انما يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم قال وللوكيل ان يبيعه بغير محضر من الورثة كما يبيعه في حال حيوته بغير محضر منه وان مات المرتهن فالوكيل على وكالته لان العقد لا يبطل بموتهما ولا بموت احدهما فيبقى بحقوقه واوصافه وان مات الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا يجري فيها الارث ولان الموكل رضي برايه لا براي غيره وعن ابي يوسف رحمه الله ان وصي الوكيل يملك بيعه لان الوكالة لازمة فيملكه الوصي كالمضارب اذا مات بعد ما صار راس المال اعيانا يملك وصي المضارب بيعها لما انه لازم بعد ما صار اعيانا قلنا التوكيل حق لازم لكن عليه والارث يجري فيما له بخلاف المضاربة لانها حق المضارب وليس للمرتهن ان يبيعه الا برضى الراهن لانه ملكه وما رضي ببيعه وليس للراهن ان يبيعه الا برضى المرتهن لان المرتهن احق بالمالية من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع قال وان حل الاجل وابى الوكيل الذي في يديه الرهن ان يبيعه والراهن غائب اجبر على بيعه لما ذكرنا من الوجهين في اللزوم وكذا الوكيل ينبغي على الرجل يوكل غيره بالخصومة وغاب الموكل فابى الوكيل ان يخاصم اجبر على الخصومة للوجه لان فيه اتواء الحق بخلاف الوكيل بالبيع لان الموكل يبيع بنفسه فلا يتوى حقه اما المدعي فلا يقدر على الدعوى

بالدفع الى الراهن فالقيمة له

والمرتهن لا يملك بيعه بنفسه فلو لم يكن التوكيل مشروطا في عقد الرهن وانما شرط بعده قيل لا يجبر
اعتبارا بالوجه الاول وقيل يجبر رجوعا الى الوجه الثاني وهذا اصح وعن ابي يوسف رح ان الجواب
في الفصلين واحد ويؤيد اطلاق الجواب في الجامع الصغير والاصل واذا باع
العدل الرهن فقد خرج من الرهن والثمن قائم مقامه فكان رهنا وان لم يقبض بعد لقيامه
مقام ما كان مقبوضا واذا توى كان من مال المرتهن لبقاء عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون
وكذلك اذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته لان المالك يستحقه من حيث المالية وان كان بدل
الدم فاخذ حكم ضمان المال في حق المستحق فبقي عقد الرهن وكذلك لو قتله عبد فدفع به لانه قائم
مقام الاول لحما ودما قال فان باع العدل الرهن واوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمنه العدل
كان بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته وان شاء ضمن المرتهن الثمن الذي اعطاه وليس له ان يضمنه
غيره وكشف هذا ان المرهون المبيع اذا استحق اما ان يكون هالكا او قائما ففي الوجه الاول
المستحق بالخيار ان شاء ضمن الراهن لانه غاصب في حقه وان شاء ضمن العدل لانه متعد
في حقه بالبيع والتسليم فان ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء لانه ملكه باداء الضمان
فتبين انه امره ببيع ملك نفسه وان ضمن البائع نفذ البيع ايضا لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه
باع ملك نفسه فاذا ضمن العدل فالعدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه وكيل
من جهته وان شاء رجع على المرتهن بالثمن لانه تبين انه اخذ الثمن بغير حق لانه ملك العبد
باداء الضمان ونفذ بيعه عليه فصار الثمن له وانما اداه اليه على حسبان انه ملك الراهن
فاذا تبين انه ملكه لم يكن راضيا به فله ان يرجع به عليه فاذا رجع بطل الاقتضاء فيرجع المرتهن
على الراهن بدينه وفي الوجه الثاني وهو ان يكون قائما في يد المشتري فللمستحق ان ياخذه من يده
لانه وجد عين ماله ثم للمشتري ان يرجع على العدل بالثمن لانه العاقد فتتعلق به حقوق العقد
وهذا من حقوقه حيث وجب بالبيع وانما اداه ليسلم له المبيع ولم يسلم له ثم العدل بالخيار
ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه هو الذي ادخله في العهدة فيجب عليه تخليصه واذا رجع
عليه صح قبض المرتهن لان المقبوض سلم له وان شاء رجع على المرتهن لانه اذا انتقض العقد
بطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب نقض قبضه ضرورة واذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه في
الدين كما كان فيرجع به على الراهن ولو ان المشتري سلم الثمن الى المرتهن لم يرجع العدل على
لانه في البيع عامل للراهن وانما يرجع عليه اذا قبضه منه وهاهنا لم يقبض من العدل فبقي الضمان على الموكل ولو كان

عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة فنفذ البيع وصح الاقتضاء فلا يرجع المرتهن عليه بشيء من دينه صح

التوكيل

التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد فما لحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن
قبض الثمن المرتهن ام لا لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا رجوع كما في الوكالة المفردة
عن الرهن اذا باع الوكيل ودفع الثمن الى من امره الموكل ثم لحقه عهدة لا يرجع به على
المقتضي بخلاف الوكالة المشروطة في العقد لانه تعلق به حق المرتهن فيكون البيع لحقه
قال رضي الله عنه هكذا ذكره الكرخي رح وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على
البيع قال واذا مات العبد المرهون في يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار ان شاء ضمن
الراهن وان شاء ضمن المرتهن لان كل واحد منهما متعد في حقه بالتسليم او بالقبض
وان ضمن الراهن فقد مات بالدين لانه قد ملكه باداء الضمان فصح الايفاء وان ضمن
المرتهن يرجع على الراهن بما ضمن من القيمة وبدينه اما بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن
واما بالدين فلانه انتقض اقتضاؤه فيعود حقه كما كان فان قيل لما كان قرار الضمان
على الراهن برجوع المرتهن عليه والملك في المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان فتبين انه
رهن ملك نفسه فصار كما اذا ضمن المستحق الراهن ابتداء قلنا هذا طعن ابي خازم القاضي
والجواب عنه انه يرجع عليه بسبب الغرور والغرور بالتسليم كما ذكرناه او بالانتقال الى المرتهن
اليه كان وكيلا منه والملك بحكم ذلك متاخر عن عقد الرهن بخلاف الوجه الاول لان المستحق
يضمنه باعتبار قبض سابق على الرهن فيستند الملك اليه فتبين انه رهن ملك نفسه وقد طولنا
الكلام فيه في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته
على غيره واذا باع الراهن بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف لتعلق حق الغير به وهو المرتهن
فيتوقف على اجازته وان كان الراهن يتصرف في ملكه كمن اوصى بجميع ماله يتوقف
على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم به فان اجازه المرتهن جاز لان
التوقف لحقه وقد رضي بسقوطه وان قضاه الراهن دينه جاز ايضا لانه زال المانع
من النفوذ والمقتضي موجود وهو التصرف الصادر من الاهل في المحل فاذا نفذ البيع باجازة المرتهن
ينتقل حقه الى بدله هو الصحيح لانه تعلق حقه بالمالية والبدل له حكم المبدل وصار كالعبد المديون
اذا بيع برضى الغرماء ينتقل حقهم الى البدل لانهم رضوا بالانتقال دون السقوط راسا فكذا هذا
وان لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية حتى لو افتك الراهن الرهن لا سبيل للمشتري
عليه لان الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك له ان يجيز وله ان يفسخ وفي اصح
الروايتين لا ينفسخ بفسخه لانه لو ثبت له حق الفسخ انما يثبت ضرورة صيانة حقه وحقه في الحبس

لا يبطل بانعقاد هذا العقد فيبقى موقوفا فان شاء المشتري صبر حتى افتك الراهن الرهن
اذ العجز على شرف الزوال وان شاء رفع الامر الى القاضي وللقاضي ان يفسخ لفوات القدرة
وولاية الفسخ الى القاضي لا اليه فصار كما اذا ابق العبد المشترى قبل القبض فانه يتخير المشتري
لما ذكرنا كذا هذا قال ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه بيعا ثانيا من غيره قبل ان يجيزه المرتهن
فالثاني موقوف ايضا على اجازته لان الاول لم ينفذ والموقوف لم يمنع توقف الثاني
فلو اجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني ولو باع الراهن ثم آجر او رهن او وهبه
من غيره واجاز المرتهن هذه العقود جاز البيع الاول والفرق هو ان المرتهن ذو حظ
في البيع الثاني لانه تعلق حقه ببدله فيصح تعيينه لتعلق فائدته به اما لا حق له في هذه العقود
لانه لا بدل في الهبة والرهن والذي في الاجارة بدل المنفعة لا بدل العين وحقه
في مالية العين لا في المنفعة فكانت اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع الاول
فوضح الفرق قال فلو اعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه وفي بعض اقوال الشافعي رحمه الله
لا ينفذ اذا كان المعتق معسرا لان في تنفيذه ابطال حق المرتهن فاشبه البيع بخلاف ما
اذا كان موسرا حيث ينفذ على بعض اقواله لانه لا يبطل حقه معنى بالتضمين وبخلاف اعتاق
المستاجر لان الاجارة تبقى مدتها اذ الحر يقبلها اما لا يقبل الرهن فلا يبقى ولنا
انه مخاطب اعتق ملك نفسه فلا يلغو تصرفه لعدم اذن المرتهن كما اذا اعتق العبد
المشترى قبل القبض او اعتق الآبق او المغصوب ولا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام
المقتضي وعارض الرهن لا ينبئ عن زواله ثم اذا زال ملكه في الرقبة باعتاقه
يزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه كاعتاق العبد المشترك بل اولى لان ملك
الرقبة اقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الاعلى لا يمنع الادنى بطريق الاولى وامتناع النفاذ
في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم واعتاق الوارث العبد الموصى برقبته لا يلغو
بل يؤخر الى اداء السعاية عند ابي حنيفة رحمه الله واذا نفذ الاعتاق بطل الرهن لفوات
محله ثم بعد ذلك ان كان المعتق موسرا والدين حالا طلب المرتهن بالدين لانه
لو طولب باداء القيمة تقع المقاصة بقدر الدين فلا فائدة فيه وان كان مؤجلا
اخذت منه قيمة العبد وجعلت مكانه رهنا حتى يحل الدين لان سبب الضمان متحقق
وفي التضمين فائدة فاذا حل الدين اقتضاه بحقه اذا كان من جنس حقه ورد الفضل
وان كان معسرا سعى العبد في قيمته وقضى به الدين الا اذا كان بخلاف جنس حقه لانه

لما تعذر

لما تعذر الوصول الى عين حقه من جهة المعتق يرجع الى من ينتفع بعتقه وهو العبد لان
الخراج بالضمان قال رضي الله عنه تاويله اذا كانت القيمة اقل من الدين اما اذا كان الدين
اقل نذكره ان شاء الله تعالى ثم يرجع بما سعى على مولاه اذا ايسر لانه قضى دينه وهو مضطر فيه
بحكم الشرع فيرجع المعتق عليه بما تحمل عنه بخلاف المستسعى في الاعتاق لانه يؤدي ضمانا عليه
لانه انما يسعى لتحصيل العتق عنده وعندهما لتكميله وههنا يسعى في ضمان على غيره بعد تمام
اعتاقه فصار كمعير الرهن ثم ابو حنيفة رحمه الله اوجب السعاية في المستسعى المشترك في حالة اليسار
والاعسار وفي العبد المرهون شرط الاعسار لان الثابت للمرتهن حق الملك وانه ادنى من
حقيقته الثابتة للشريك الساكت فوجبت السعاية ههنا في حالة واحدة اظهارا
لنقصان رتبته بخلاف المشترى قبل القبض اذا اعتقه المشتري حيث لا يسعى للبائع الا رواية
عن ابي يوسف رحمه الله والمرهون يسعى لان حق البائع في الحبس اضعف لان
البائع لا يملكه في الآخرة والمستوفى من عينه وكذلك يبطل حقه في الحبس بالاعارة من المشتري
فلا ينقلب حقه ملكا ولا يبطل حقه بالاعارة من الراهن حتى يمكنه الاسترداد فلو اوجبنا السعاية ههنا
لسوينا بين الحقين وذلك لا يجوز ولو اقر المولى برهن عبده بان قال له رهنتك عند فلان
وكذبه العبد ثم اعتقه تجب السعاية عندنا خلافا لزفر هو يعتبره باقراره بعد العتق لانه حال انقطاع
الولاية قال ولو دبره الراهن صح تدبيره بالاتفاق عندنا ظاهر وكذا عنده لان التدبير
لا يمنع البيع على اصله ولو كانت امة فاستولدها الراهن صح الاستيلاد بالاتفاق لانه يصح
بادنى الحقين وهو ما للاب في جارية الابن فيصح بالاعلى واذا صحا خرجا
من الرهن لبطلان المحلية اذ لا يصح استيفاء الدين منهما فان كان الراهن موسرا ضمن قيمتهما
على التفصيل الذي ذكرناه في الاعتاق وان كان معسرا استسعى المرتهن المدبر وام الولد
في جميع الدين لان كسبهما مال المولى بخلاف المعتق حيث يسعى في الاقل من الدين ومن القيمة لان
كسبه حقه والمحتبس عنده ليس الا قدر القيمة فلا يزاد عليه وحق المرتهن بقدر الدين فلا يلزمه الزيادة
ولا يرجعان بما يؤديان على المولى بعد يساره لانهما اديا من مال المولى والمعتق يرجع لانه
ادى ملكه عنه وهو مضطر على ما مر وقيل الدين اذا كان مؤجلا يسعى المدبر في قيمته فقط لانه عوض حقه
بحبس مكانه فيتقدر بقدر العوض بخلاف ما اذا كان حالا لانه يقضى به الدين ولو اعتق الراهن
المدبر وقد قضى عليه بالسعاية او لم يقض لم يسع الا بقدر القيمة لان كسبه بعد العتق ملكه وما اداه

ونحن نقول انه يتعلق الحق في حال ملك التعليق لقيام ملكه فيصح بخلاف ما بعد العتق صح

قبل العتق لا يرجع به على مولاه لانه اداه من مال المولى قال وكذا لو استهلك الراهن الرهن
لانه حق محترم مضمون عليه بالاتلاف والضمان رهن في يد المرتهن لقيامه مقام العين فان
استهلكه اجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه فياخذ القيمة فتكون رهنا في يده لانه احق
بعين الرهن حال قيامه فكذا في استرداد ما قام مقامه والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك
فان كانت قيمته يوم استهلكه خمسمائة ويوم رهنه الفا غرم خمسمائة وكانت رهنا وسقط من الدين
خمسمائة فصار الحكم في الخمسمائة الزيادة كانها هلكت بآفة والمعتبر في ضمان الرهن القيمة يوم القبض
لا يوم الفكاك لان القبض السابق مضمون عليه لانه قبض استيفاء الا انه يتقرر عند الهلاك
ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل غرم القيمة لانه اتلف ملك الغير وكانت رهنا في يده حتى يحل
لان الضمان بدل العين فاخذ حكمه واذا حل الدين وهو على صفة القيمة استوفى المرتهن منها
قدر حقه لانه جنس حقه ثم ان كان فيه فضل يرده على الراهن لانه بدل ملكه وقد فرغ عن حق المرتهن
ان نقصت عن الدين بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن الفا وجب بالاستهلاك
خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة لان ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره ويعتبر قيمته
يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالاتلاف وهو قيمته
يوم اتلف واذا اعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه او ليعمل له عملا فقبضه خرج من ضمان
المرتهن لمنافاة بين يد الرهن ويد العارية فان هلك في يد الراهن هلك بغير شيء لفوات
القبض المضمون وللمرتهن ان يسترجعه الى يده لان عقد الرهن باق الا في حكم الضمان
في الحال الا ترى انه لو هلك الراهن قبل ان يرده على المرتهن كان المرتهن احق
به من سائر الغرماء وهذا لان يد العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم
الرهن على كل حال الا ترى ان حكم الرهن ثابت في ولد الرهن وان لم يكن مضمونا
بالهلاك واذا بقي عقد الرهن بغير ضمان لثبوت يد العارية بالاستعمال وهي مخالفة ليد الرهن
فانتفى الضمان وكذلك اذا اذن الراهن في ذا اخذه عاد الضمان لانه عاد القبض في عقد
الرهن فيعود بصفته وكذلك لو اعار احدهما اجنبيا باذن الآخر سقط حكم الضمان
ولكل منهما ان يرده رهنا كما كان لان لكل واحد حقا محترما فيه وهذا بخلاف الاجارة والبيع
والهبة من اجنبي اذا باشرها احدهما باذن الآخر حيث يخرج من الرهن فلا يعود الا بعقد
مبتدأ قال ولو مات الراهن قبل الرد الى المرتهن يكون المرتهن اسوة للغرماء لانه لعلى

بالرهن حق لازم بهذه التصرفات فيبطل به حكم الرهن اما بالعارية لم يتعلق به حق لازم فافترقا
قال واذا استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به فهلك قبل ان ياخذ في العمل هلك على ضمان
الرهن لبقاء يد المرتهن وكذا اذا هلك بعد الفراغ من العمل لارتفاع يد العارية ولو هلك في حالة العمل هلك
بغير ضمان لثبوت يد العارية بالاستعمال وهي مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان وكذلك اذا اذن الراهن
للمرتهن بالاستعمال لما بيناه قال ومن استعار من غيره ثوبا ليرهنه فما رهنه به من قليل او كثير
فهو جائز لانه متبرع باثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع باثبات ملك العين واليد وهو قضاء
الدين ويجوز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن كما ينفصل زوالا في حق البائع والاطلاق
واجب الاعتبار خصوصا في الاعارة لان الجهالة فيها لا تفضي الى المنازعة ولو عين قدرا لا يجوز
للمستعير ان يرهنه باكثر منه ولا باقل منه لان التقييد مفيد وهو ينفي الزيادة لان غرضه الاحتباس
بما يتيسر اداؤه وينفي النقصان ايضا لان غرضه ان يصير مستوفيا للاكثر بمقابلته عند الهلاك
ليرجع عليه وكذلك التقييد بالجنس وبالمرتهن وبالبلد لان كل ذلك مقيد لتيسر البعض بالاضافة
بالاضافة الى البعض وتفاوت الاشخاص في الامانة والحفظ واذا خالف كان ضامنا
ثم ان شاء المعير ضمن المستعير ويتم عقد الرهن فيما بينه وبين المرتهن لانه ملكه باداء الضمان
فتبين انه رهن ملك نفسه وان شاء ضمن المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن
وقد بيناه في الاستحقاق وان وافق بان رهنه بمقدار ما امره به ان كانت قيمته مثل الدين
او اكثر فهلك عند المرتهن يبطل المال عن الراهن لتمام الاستيفاء بالهلاك ووجب مثله لرب الثوب
لانه صار قاضيا دينه بماله بهذا القدر وهو الموجب للرجوع دون القبض بذاته لانه برضاه وكذلك
ان اصابه عيب ذهب من الدين بحسابه ووجب مثله لرب الثوب على الراهن على ما بيناه
وان كانت قيمته اقل من الدين ذهب بقدر القيمة وعلى الراهن بقية دينه للمرتهن لانه لم يقع الاستيفاء الا
بالزيادة على قيمته وعلى الراهن لصاحب الثوب ما صار به مستوفيا لما بيناه ولو كانت قيمته مثل
الدين فاراد المعير ان يفتكه جبرا عن الراهن لم يكن للمرتهن اذا قضى دينه ان يمتنع لانه غير متبرع حيث
يخلص ملكه ولهذا يرجع على الراهن بما ادى فاجبر المرتهن على الدفع بخلاف الاجنبي اذا قضى الدين
لانه متبرع اذ هو لا يسعى في تخليص ملكه ولا في تفريغ ذمته فكان للطالب ان لا يقبله ولو هلك
الثوب العارية عند الراهن قبل ان يرهنه او بعد ما افتكه فلا ضمان عليه لانه لا يصير قاضيا بهذا وهو الموجب
على ما بيناه ولو اختلفا في ذلك فالقول قول الراهن لانه ينكر الايفاء بدعواه الهلاك في حال

ولو اختلفا في مقدار ما امره بالرهن به فالقول للمعير لان القول قوله في انكار اصله فكذا في انكار
وصفه ولو رهنه المستعير بدين موعود وهو ان يرهنه ليقرضه كذا فهلك في يد المرتهن قبل ان يقرضه
والمسمى والقيمة سواء يضمن قدر الموعود المسمى لما بينا انه كالموجود ويرجع المعير على الراهن
بمثله لان سلامة الرهن باستيفائه من المرتهن كسلامته ببراءة ذمته عنه ولو كانت العارية عبدا
فاعتقه المعير جاز لقيام ملك الرقبة ثم المرتهن بالخيار ان شاء رجع بالدين على الراهن لانه لم يستوفه
وان شاء ضمن المعير قيمته لان الحق قد تعلق برقبته وقد اتلفه بالاعتاق فيكون رهنا عنده
الى ان يقبض دينه فيرده الى المعير لان استرداد القيمة كاسترداد العين ولو استعار عبدا او دابة
ليرهنه فاستخدم العبد وركب الدابة قبل ان يرهنهما ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما ثم قضى
المال فلم يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن لانه قد برئ من الضمان حين
رهنهما فانه كان امينا خالف ثم عاد الى الوفاق وكذلك اذا افتك الرهن ثم ركب
الدابة او استخدم العبد فلم يعطب ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه لا يضمن لانه بعد الفكاك
بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة بالفكاك وقد عاد
الى الوفاق فيبرأ عن الضمان وهذا بخلاف المستعير لان يده يد نفسه فلا بد من الرد الى
يد المالك اما المستعير في الرهن يحصل مقصود الآمر وهو الرجوع عليه عند الهلاك
وتحقق الاستيفاء قال وجناية الراهن على الرهن مضمونة لانه تفويت حق لازم محترم
وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالاجنبي في حق الضمان كتعلق حق الورثة بمال المريض مرض
الموت يمنع نفاذ تبرعه فيما وراء الثلث والعبد الموصى بخدمته اذا اتلفه الورثة ضمنوا قيمته
ليشترى بها عبد يقوم مقامه قال وجناية المرتهن عليه تسقط من دينه بقدرها ومعناه اذا كان
الضمان على صفة الدين وهذا لان العين ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه لمالكه
وجناية الرهن على الراهن وعلى المرتهن وعلى مالهما هدر وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله جنايته على المرتهن معتبرة والمراد بالجناية على النفس ما يوجب
المال اما الوفاقية فلانها جناية المملوك على المالك الا يرى انه لو مات كان الكفن عليه
بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه لان الملك عند اداء الضمان يثبت للغاصب
مستندا حتى يكون الكفن عليه فكانت جناية على غير مالكه فاعتبرت ولهما في الخلافية ان الجناية
حصلت على غير المالك وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد اليه بالجناية فتعتبر ثم ان شاء

الراهن والمرتهن ابطلا الرهن ودفعاه بالجناية الى المرتهن وان قال المرتهن لا اطلب
الجناية فهو رهن على حاله وله ان هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية
لانها حصلت في ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه وجنايته على
المرتهن لا تعتبر بالاتفاق اذا كانت قيمته والدين سواء لانه لا فائدة في اعتباره لانه
لا يتملك العبد وهو الفائدة وان كانت القيمة اكثر من الدين فعن ابي حنيفة رحمه الله تعالى انه
يعتبر بقدر الامانة لان الفضل ليس في ضمانه فاشبه جناية العبد الوديعة على المستودع
وعنه انه لا يعتبر لان حكم الرهن وهو الحبس فيه ثابت فصار كالمضمون وهذا بخلاف
جناية الرهن على ابن الراهن او على ابن المرتهن لان الاملاك حقيقة متباينة
فصار كالجناية على الاجنبي قال ومن رهن عبدا يساوي الفا بالف الى اجل
فنقص في السعر فرجعت قيمته الى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن
يقبض المائة قضاء عن حقه ولا يرجع على الراهن بشيء واصله ان النقصان من حيث
السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا خلافا لزفر رحمه الله هو يقول ان المالية قد انتقصت
فاشبه انتقاص العين ولنا ان نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك
لا يعتبر في البيع حتى لا يثبت به الخيار ولا في الغصب حتى لا يجب الضمان بخلاف نقصان
العين لان بفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء فيه اذ اليد يد الاستيفاء واذا لم
يسقط شيء من الدين بنقصان السعر بقي مرهونا بكل الدين فاذا قتله حر غرم قيمته مائة لانه
تعتبر قيمته يوم الاتلاف في ضمان الاتلاف لان الجابر بقدر الفائت واخذه المرتهن لانه بدل
المالية في حق المستحق وان كان مقابلا بالدم على اصلنا حتى لا يزاد على دية الحر لان المولى
استحقه بسبب المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية فكذا فيما قام مقامه ثم لا يرجع على الراهن
بشيء لان يد المرتهن يد الاستيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرر وقيمته كانت في الابتداء
الفا فيصير مستوفيا الكل من الابتداء او نقول لا يمكن ان يجعل مستوفيا الالف بمائة لانه يؤدي
الى الربوا فيصير مستوفيا المائة وبقي تسعمائة في العين فاذا هلك يصير مستوفيا تسعمائة بالهلاك
بخلاف ما اذا مات من غير قتل احد لانه يصير مستوفيا الكل بالعبد لانه لا يؤدي الى الربوا
قال وان كان امره الراهن ان يبيعه فباعه بمائة وقبض المائة قضاء من حقه يرجع
بتسعمائة لانه لما باعه باذن الراهن صار كان الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان

كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين الا بقدر ما استوفى كذا ههنا قال واذا قتله عبد قيمته مائة فدفع مكانه افتكه بجميع الدين وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن بمائته وقال زفر هو يصير رهنا بمائة له ان يد المرتهن يد استيفاء وقد تقرر بالهلاك الا انه اخلف بدلا بقدر العشر فبقي الدين بقدره ولاصحابنا على زفر ان العبد الثاني قائم مقام الاول لحما ودما ولو كان الاول قائما وانتقص السعر لا يسقط من الدين عندنا لما ذكرناه فكذلك اذا قام المدفوع مكانه ولمحمد هو في الخيار ان المرهون تغير في ضمان المرتهن فيتخير الراهن كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب اذا قتل في يد الغاصب يتخير المشتري والمغصوب منه كذا ههنا ولهما ان التغير لم يظهر في حق العبد لقيام الثاني مقام الاول لحما ودما كما ذكرنا مع زفر وعين الرهن امانة عندنا فلا يجوز تمليكه منه بغير رضاه ولان جعل الرهن بالدين حكم جاهلي وانه منسوخ بخلاف البيع لان الخيار فيه حكم الفسخ وهو مشروع وبخلاف الغصب لان تملكه باداء الضمان مشروع قال ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف قال واذا قتل عبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن وليس له ان يدفع لانه لا يملك التمليك ولو فدى طهر المحل وبقي الدين في المحل على حاله ولا يرجع على الراهن بشيء من الفداء لان الجناية حصلت في ضمانه فكان عليه اصلاحها قال ولو ابى المرتهن ان يفدي قيل للراهن ادفع العبد او افده بالدية لان الملك في الرقبة قائم له وانما الى المرتهن الفداء لقيام حقه فاذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن بحكم الجناية ومن حكمها التخيير بين الدفع والفداء فان اختار الدفع سقط الدين لانه استحق لمعنى في ضمان المرتهن فصار كالهلاك وكذا اذا فدى لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء بخلافه ولد الرهن اذا قتل انسانا او استهلك مالا حيث يخاطب الراهن بالدفع او الفداء في الابتداء لانه غير مضمون على المرتهن فان دفع خرج من الرهن ولم يسقط من الدين شيء كما لو هلك في الابتداء وان فدى فهو رهن مع امه على حالهما قال ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته فان ادى المرتهن الدين الذي لزم العبد فدينه على حاله كما في الفداء وان ابى قيل للراهن بعه في الدين الا ان يختار ان يؤدي عنه فان ادى بطل دين المرتهن كما ذكرنا في الفداء وان لم يؤد وبيع العبد فيه يأخذ صاحب العبد دينه لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية لتقدمه على حق المولى فان فضل شيء ودين غريم العبد مثل دين المرتهن او اكثر فالفضل

للراهن وبطل دين المرتهن لان دين الرقبة استحق بمعنى هو في ضمان المرتهن فاشبه الهلاك وان كان دين العبد اقل سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد وما فضل من دين العبد يبقى رهنا كما كان ثم ان كان دين المرتهن قد حل اخذه به لانه من جنس حقه وان كان لم يحل امسكه حتى يحل فان كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم اخذ الثمن ولم يرجع بما بقي على احد حتى يعتق العبد لان الحق في دين الاستهلاك يتعلق برقبته وقد استوفيت فيتأخر الى ما بعد العتق ثم اذا ادى بعده لا يرجع على احد لانه وجب عليه بفعله وان كانت قيمة العبد الفين وهو رهن بالف وقد جنى العبد يقال لهما افدياه لان النصف منه مضمون والنصف امانة والفداء في المضمون على المرتهن وفي الامانة على الراهن فان اجمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن لما بيناه وانما منه الرضا به فان تشاحا فالقول لمن قال انا افدي راهنا كان او مرتهنا اما المرتهن فليس في الفداء ابطال حق الراهن وفي الدفع الذي يختاره الراهن ابطال حق المرتهن وكذا في حق الراهن اذا قال المرتهن انا افدي له ذلك وان كان المالك يختار الدفع لانه ان لم يكن مضمونا فهو محبوس بدينه وله في الفداء غرض صحيح ولا ضرر على الراهن فكان له ان يفدي واما الراهن فلانه ليس للمرتهن ولاية الدفع لما بينا فكيف يختاره ويكون المرتهن بالفداء متطوعا في حصة الامانة حتى لا يرجع على الراهن لانه يمكنه ان يخاطب الراهن فلما التزمه فقد ظهر انه كان متبرعا وهذا على ما روي عن ابي حنيفة رحمه الله مع الحضور وسنبين القول ان شاء الله تعالى قال ولو ابى المرتهن ان يفدي وفداه الراهن فانه يحتسب على المرتهن نصف الفداء من دينه لان سقوط الدين امر لازم فدى او دفع فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعا ثم ينظر ان كان نصف الفداء مثل الدين او اكثر بطل الدين وان كان اقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء وكان العبد رهنا بما بقي لان الفداء في النصف كان عليه فاذا اداه الراهن وهو ليس بمتطوع كان له الرجوع عليه فيصير قصاصا بدينه كانه اوفى فيبقى العبد رهنا بما بقي فلو كان المرتهن فدى والراهن حاضر فهو متطوع وان كان غائبا لم يكن متطوعا وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد والحسن وزفر رحمهم الله تعالى المرتهن متطوع في الوجهين لانه فدى ملك غيره بغير امره فاشبه الاجنبي وله انه اذا كان الراهن حاضرا امكنه مخاطبته فاذا فداه المرتهن فقد تبرع كالاجنبي اما اذا كان الراهن غائبا تعذر مخاطبته

والمرتهن يحتاج الى اصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح الامانة فلا يكون متبرعا
قال واذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين لان الوصي قائم مقامه ولو تولى الموصي
حيا بنفسه كان له ولاية البيع باذن المرتهن فكذا لوصيه وان لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيا
وامره ببيعه لان القاضي نصب ناظرا لحقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم والنظر في نصب الوصي
ليؤدي ما عليه لغيره ويستوفي ماله من غيره وان كان على الميت دين فرهن الوصي بعض التركة عند
غريم من غرمائه لم يجز وللآخرين ان يردوه لانه آثر بعض الغرماء بالايفاء الحكمي فاشبه
الايثار بالايفاء الحقيقي فان قضى دينهم قبل ان يردوه جاز لزوال المانع بوصول
حقهم اليهم وان لم يكن للميت غريم آخر جاز الرهن اعتبارا بالايفاء الحقيقي ويبيع في دينه
لانه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده قال واذا ارتهن الوصي بدين للميت على رجل
جاز لانه استيفاء وهو يملكه قال رضي الله عنه وفي رهن الوصي تفصيلات نذكرها في الوصايا ان شاء الله تعالى

فصل ومن رهن عصيرا بعشرة قيمته عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوي عشرة فهو رهن بعشرة لان ما يكون
محلا للبيع يكون محلا للرهن اذ المحلية بالمالية فيهما والخمر وان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له
بقاء حتى ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد الا انه يتخير في البيع لتغير وصف
المبيع بمنزلة ما اذا تعيب قال ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها فصار
يساوي درهما فهو رهن بدرهم لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا حيي بعض المحل يعود حكمه بقدره
بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع لان البيع
ينتقض بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود اما الرهن يتقرر بالهلاك على ما بينا ومن مشايخنا
من يمنع مسئلة البيع ويقول يعود البيع قال ونماء الرهن للراهن وهو مثل الولد والثمر واللبن والصوف
لانه متولد من ملكه فيكون رهنا مع الاصل لانه تبع له والرهن حق لازم فيسري اليه فان هلك يهلك
بغير شيء لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالاصل لانها لم تدخل تحت العقد مقصودا اذ اللفظ
لا يتناولها وان هلك الاصل وبقي النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن
يوم القبض وقيمة النماء يوم الفكاك لان الرهن يصير مضمونا بالقبض والزيادة تصير مقصودة
بالفكاك اذا بقي الى وقته والتبع يقابله شيء اذا صار مقصودا كولد المبيع فما اصاب الاصل
سقط من الدين لانه يقابله الاصل مقصودا وما اصاب النماء افتكه الراهن بما ذكرنا وصور المسائل

على هذا الاصل

على هذا الاصل يخرج وقد ذكرنا بعضها في كفاية المنتهى وتمامه في الجامع والزيادات قال
ولو رهن شاة بعشرة وقيمتها عشرة وقال الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلبت فهو لك
حلال فحلب وشرب فلا ضمان عليه في شيء لان الاباحة فيصح تعليقها بالشرط والخطر لانها اطلاق
وليس بتمليك فيصح مع الخطر ولا يسقط شيء من الدين لانه اتلفه باذن المالك فان لم يفتك الشاة
فان لم يفتك الشاة حتى ماتت في يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة
الشاة فما اصاب الشاة سقط وما اصاب اللبن اخذه المرتهن من الراهن لان اللبن
تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن والفعل حصل بتسليط من قبله فصار كان الراهن اخذه
واتلفه فكان مضمونا عليه فيكون له حصته من الدين فيبقى بحصته وكذلك ولد الشاة اذا اذن
له الراهن في اكله وكذلك جميع النماء الذي يحدث على هذا القياس قال ويجوز الزيادة
في الرهن ولا تجوز في الدين عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ولا يصير الرهن رهنا بها وقال
ابو يوسف رح تجوز الزيادة في الدين ايضا وقال زفر والشافعي رحمهما الله تعالى لا تجوز فيهما والخلاف
معهما في الرهن والثمن والمثمن والمهر والمنكوحة سواء وقد ذكرناه في البيوع لابي يوسف رح
في الخلافية الاخرى ان الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن كالمثمن فتجوز الزيادة
فيهما كما في البيع والجامع بينهما الالتحاق باصل العقد للحاجة والامكان ولهما وهو القياس
وهو ان الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن وهو غير مشروع عندنا والزيادة
في الرهن توجب الشيوع في الدين وهو غير مانع صحة الرهن الا ترى انه لو رهن عبدا
بخمسمائة من الدين جاز وهذا الشيوع في الدين والالتحاق باصل العقد غير ممكن في طرف
الدين لانه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن وكذا يبقى بعد الفسخ
والالتحاق باصل العقد في بدل العقد بخلاف البيع لان الثمن بدل يجب بالعقد ثم اذا صحت
الزيادة في الرهن وتسمى هذه زيادة قصدية يقسم الدين على قيمة الاول يوم القبض وعلى قيمة الزيادة
يوم قبضت حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة وقيمة الاول يوم القبض الفا والدين
الف يقسم الدين اثلاثا في الزيادة ثلث الدين وفي الاصل ثلثا الدين اعتبارا بقيمتهما
في وقتي الاعتبار وهذا لان الضمان في كل واحد منهما يثبت بالقبض فتعتبر قيمة كل
منهما وقت القبض قال واذا ولدت المرهونة ولدا ثم ان الراهن زاد مع الولد عبدا
وقيمة كل واحد الف فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما في الولد عليه وعلى العبد الزيادة

لانه جعله زيادة مع الولد دون الام ولو كانت الزيادة مع الام لقسم الدين على قيمة الام
يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فما اصاب الام قسم عليها وعلى
الزيادة وخلف على الام قال فان رهن عبدا يساوي الفا بالف ثم اعطاه عبدا
اخر قيمته الف رهنا مكان الاول فالاول رهن حتى يرده الى الراهن والمرتهن في الاخر امين حتى يجعله
مكان الاول لان الاول انما دخل في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان
الا بنقض القبض ما دام الدين باقيا واذا بقي الاول في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه لانهما
رضيا بدخول احدهما فيه لا بدخولهما فاذا رد الاول دخل الثاني في ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض
لان يد المرتهن على الثاني يد امانة ويد الرهن يد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه كمن له على آخر
جياد فاستوفى زيوفا ظنها جيادا ثم علم بالزيافة وطالبها بالجياد واخذها فان الجياد امانة
في يده ما لم يرد الزيوف ويجدد القبض وقيل لا يشترط لان الرهن تبرع كالهبة على ما بيناه
من قبل وقبض الامانة ينوب عن قبض الهبة ولان الرهن عينه امانة وانما المضمون هو المالية
العين فينوب عن قبض الامانة قال ولو ابرأ المرتهن الراهن عن الدين او وهبه منه ثم
هلك الرهن في يد المرتهن يهلك بغير شيء استحسانا خلافا لزفر رح لان الرهن مضمون بالدين
او بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالابراء والهبة ولا جهته
لسقوطه الا اذا احدث منعا لانه يصير به غاصبا اذ لم يبق له ولاية المنع وكذا اذا ارتهنت
المرأة رهنا بالصداق فابرأته او ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول او اختلعت
منه على صداقها ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شيء في هذا كله ولم تضمن شيئا لسقوط
الدين كما في الابراء قال ولو استوفى المرتهن الدين بايفاء الراهن او بايفاء متطوع
ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى الى من استوفى
منه وهو من عليه او المتطوع بخلاف الابراء ووجه الفرق ان بالابراء يسقط الدين
اصلا كما ذكرناه وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب الا انه يتعذر الاستيفاء
لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فاما هو فقائم فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول
فانتقض الاستيفاء الثاني وكذا اذا اشترى بالدين عينا او صالح عنه على عين لانه
استيفاء وكذلك اذا احال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة

ويهلك

وهي قوله عليه السلام العمد قود وتدل على ان حكم القصاص مخصوص بالعمد لان الخبر الواحد لا يصلح مبينا لمجمل الكتاب فاول ان يصلح
السنة المشهورة مبينة لما سكت عنه الكتاب لان في الكتاب ايضا دلالة على ان المراد بالقصاص المذكور في القتلى هو القتل
العمد لانه اوجب الدية في القتل الخطأ على ما قال تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة ولا يصلح ان يكون
لقتل العمد موجبا دية وقصاصا فلا بد ان يحمل كل واحد منهما على حالة فلما اختص ايجاب الدية بالقتل الخطأ اختص
كان ما اوجب القصاص
غير الخطأ لا محالة
وهو العمد
جمال الدين

فيهلك بالدين لانه في معنى البراءة بطريق الاداء لانه يزول به عن ملك المحيل مثل ما كان
له على المحتال عليه او بما يرجع عليه ان لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين لانه بمنزلة الوكيل
وكذا اذا تصادقا على ان لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين
بالتصادق على قيامه فتكون الجهة باقية بخلاف الابراء والله اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

كتاب الجنايات

القتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما اجري مجرى الخطأ
والقتل بسبب والمراد بيان قتل يتعلق به الاحكام فالعمد ما تعمد ضربه بالسلاح او ما اجري
مجرى السلاح كالمحدد من الخشب وليطة القصب والمروة المحددة والنار لان العمد هو
القصد ولا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك وموجب ذلك
المأثم لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا الآية وقد نطق به غير واحد من السنة
وعليه انعقد اجماع الامة والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الا انه تقيد بوصف
العمدية لقوله عليه السلام العمد قود اي موجبه ولان الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر بها
عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك قال الا ان يعفو الاولياء او
يصالحوا لان الحق لهم ثم هو واجب عينا وليس للولي اخذ الدية الا برضا القاتل وهو
احد قولي الشافعي رح الا ان له حق العدول الى المال من غير مرضاة القاتل لانه تعين مدفعا
للهلاك فيجوز بدون رضاه وفي قول الواجب احدهما لا بعينه ويتعين باختياره لان
حق العبد شرع جابرا وفي كل واحد نوع جبر فيتخير ولنا ما تلونا من الكتاب والمروي من السنة
ولان المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة والقصاص يصلح للتماثل وفيه مصلحة الاحياء
زجرا وجبرا فيتعين وفي الخطأ وجوب المال ضرورة صون الدم عن الاهدار ولا يتيقن
بعدم قصد الولي بعد اخذ المال فلا يتعين مدفعا للهلاك ولا كفارة فيه عندنا وعند
الشافعي رح تجب لان الحاجة الى التكفير في العمد امس منها اليه في الخطأ فكان ادعى
الى ايجابها ولنا انها كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة فلا تناط بمثلها ولان الكفارة
من المقادير وتعينها بالشرع لدفع الادنى لا يعينها لدفع الاعلى ومن حكمه حرمان الميراث
لقوله عليه السلام لا ميراث لقاتل قال وشبه العمد عند ابي حنيفة رح ان يتعمد الضرب بما ليس
بسلاح ولا ما اجري مجرى السلاح وقال ابو يوسف رح ومحمد رح وهو قول الشافعي رح اذا ضربه بحجر عظيم
او بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد ان يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا لانه يتقاصر معنى العمدية

مع زيادة
وفي القصاص مصلحة الاحياء شرعا واستيفاء
قال الله تعالى ولكم في القصاص حيوة اي في شرعه
نفس القتل لان القاتل يمتنع عن القتل خوفا
من القصاص وكذا في استيفائه لانه لو لم يقتل القاتل
يقتل اولياء المقتول خوفا ان يقتله فيتفانى
القصاص شرع جبرا للفائت فينبغي ان يجبر الولي
بالمال لا يجوز المال لما لم يحصل القصاص
ويصح له الخطأ لما لم يحصل القصاص
في القتل ورد الشرع بايجاب المال تعظيما
لامر الدم عن الهدر فلم يبدل
ذلك فدل ان الضمان الاصلي
ليس القصاص

باستعمال آلة صغيرة لا تقتل بها غالباً لانه يقصد به غيره كالتأديب ونحوه فكان شبه العمد
ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث لانه لا يقصد به الا القتل كالسيف فكان عمداً موجباً للقود
وله قوله عليه الصلوة والسلام الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل ولان
الآلة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه اذ لا يمكن استعمالها على غرة من المقصود قتله وبه يحصل
القتل غالباً فقصرت العمدية نظراً الى الآلة فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة
قال وموجب ذلك على القولين الاثم لانه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة لشبهه بالخطاء
والدية مغلظة على العاقلة والاصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا لمعنى يحدث من بعد فهو
على العاقلة اعتباراً بالخطاء وتجب في ثلث سنين لقضية عمر رضي الله عنه وتجب مغلظة وسنبين
صفة التغليظ من بعد ان شاء الله تعالى ويتعلق به حرمان الميراث لانه جزاء القتل والشبهة تؤثر
في سقوط القصاص دون حرمان الميراث ومالك رح وان انكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما اسلفناه
قال والخطاء على نوعين خطاء في القصد وهو ان يرمي شخصاً يظنه صيداً فاذا هو آدمي او يظنه
حربياً فاذا هو مسلم وخطاء في الفعل وهو ان يرمي غرضاً فيصيب آدمياً وموجب ذلك الكفارة
والدية على العاقلة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الآية وهي على العاقلة
في ثلث سنين لما بيناه ولا اثم فيه يعني في الوجهين قالوا المراد اثم القتل فاما في نفسه فلا يعرى
عن الاثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة في التثبت في حال الرمي اذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار
هذا المعنى ويحرم عن الميراث لان فيه اثماً فيصح تعليق الحرمان به بخلاف ما اذا تعمد الضرب
موضعاً من جسده فاخطأ فاصاب موضعاً آخر فمات حيث يجب القصاص لان القتل قد وجد
قال وما اجري مجرى الخطاء مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله فحكمه حكم الخطاء في الشرع قال واما
القتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه وموجبه اذا تلف فيه آدمي الدية على العاقلة لانه
سبب التلف وهو متعد فيه فانزل موقعاً دافعاً فوجبت الدية ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان
الميراث وقال الشافعي رح يلحق بالخطاء في احكامه لان الشرع انزله قاتلاً ولنا ان القتل
القتل معدوم منه حقيقة فالحق به في حق الضمان فبقي في حق غيره على الاصل وهو
ان كان يأثم بالحفر في ملك غيره ولا يأثم بالموت على ما قالوا وهذه كفارة ذنب القتل
وكذا الحرمان بسببه وما يكون شبه العمد في النفس فهو عمد فيما سواها لان اتلاف
النفس يختلف باختلاف الآلة وما دونها لا يختص اتلافه بآلة دون آلة والله اعلم

باب

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجب القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد
اذا قتل عمداً اما العمدية فلما بيناه واما حقن الدم على التأبيد لتنتفي شبهة الاباحة وتتحقق المساواة
قال ويقتل الحر بالحر والحر بالعبد للعمومات وقال الشافعي رح لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر
والعبد بالعبد ومن ضرورة هذه المقابلة ان لا يقتل الحر بالعبد ولان مبنى القصاص على المساواة
وهي منتفية بين المالك والمملوك ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه بخلاف العبد بالعبد لانهما
يتساويان وبخلاف العبد يقتل بالحر لانه تفاوت الى نقصان ولنا ان القصاص يعتمد المساواة
في العصمة وهي في الدين او بالدار ويستويان فيهما وجريان القصاص بين العبدين يؤذن
بانتفاء شبهة الاباحة والنص تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه قال والمسلم بالذمي خلافاً
للشافعي رح له قوله عليه الصلوة والسلام لا يقتل مؤمن بكافر ولانه لا مساواة بينهما وقت الجناية
وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة ولنا ما روي انه عليه الصلوة والسلام قتل مسلماً بذمي ولان المساواة
في العصمة ثابتة نظراً الى التكليف او الدار والمبيح كفر المحارب دون المسالم والقتل بمثله
ينبئ عن انتفاء الشبهة والمراد بما روي الحربي لسياقه ولا ذو عهد في عهده والعطف للمغايرة
قال ولا يقتل المسلم بالمستأمن لانه غير محقون الدم على التأبيد وكذا كفره باعث على الحراب لانه على قصد
الرجوع ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بيناه ويقتل المستأمن بالمستأمن قياساً للمساواة
ولا يقتل استحساناً لقيام المبيح قال ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالاعمى والزمن
وبناقص الاطراف وبالمجنون للعمومات ولان في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص
وظهور التقاتل والتفاني قال ولا يقتل الرجل بابنه لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده وهو باطلاقه
حجة على مالك رح في قوله يقاد اذا ذبحه ذبحاً ولانه سبب لاحيائه فمن المحال ان يستحق له افناءه
ولهذا لا يجوز له قتله وان وجده في صف الاعداء مقاتلاً او زانياً وهو محصن والقصاص يستحقه
المقتول ثم يخلفه وارثه والجد من قبل الرجال والنساء وان علا في هذا بمنزلة الاب وكذا الوالدة
والجدة من قبل الاب والام قربت ام بعدت لما بينا قال ويقتل الولد بالوالد لعدم
المسقط قال ولا يقتل الرجل بعبده ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد ولده لانه لا يستوجب
لنفسه على نفسه القصاص ولا ولده عليه وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه لان القصاص لا يتجزى
قال ومن ورث قصاصاً على ابيه سقط لحرمة الابوة قال ولا يستوفى القصاص الا بالسيف
وقال الشافعي رح يفعل به مثل ما فعل ان كان فعلاً مشروعاً فان مات والا تحز رقبته لان مبنى

القصاص على المساواة ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف والمراد به السلاح ولان فيما ذهب
اليه استيفاء الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيتحرز عنه كما في كسر العظم قال واذا
قتل المكاتب عمدا وليس له وارث الا المولى وترك وفاء فله القصاص عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد لا ارى في هذا قصاصا لانه اشتبه سبب الاستيفاء فانه الولاء ان مات حرا والملك
ان مات عبدا وصار كمن قال لغيره بعتني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له
لاختلاف السبب كذا هذا ولهما ان حق الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين وهو معلوم
والحكم متحد واختلاف السبب لا يفضي الى المنازعة ولا الى اختلاف حكم فلا يبالى به بخلاف تلك المسئلة
لان حكم ملك اليمين يغاير حكم ملك النكاح ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص عليه وان اجتمعوا
مع المولى لانه اشتبه من له الحق لانه المولى ان مات عبدا والوارث ان مات حرا اذ ظهر الاختلاف
بين الصحابة رضي الله عنهم في موته على نعت الحرية او الرق بخلاف الاول لان المولى متعين فيه وان
لم يترك وفاء وله ورثة احرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعا لانه مات عبدا بلا ريب لانفساخ
الكتابة بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء لان العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز قال
واذا قتل عبد الرهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن لان المرتهن لا ملك له فلا يليه والراهن
لو تولاه لبطل حق المرتهن في الدين فيشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه قال واذا قتل
ولي المعتوه عمدا فلابيه ان يقتل لانه من الولاية على النفس شرع لامر راجع اليها وهو تشفي الصدر فيليه
كالانكاح وله ان يصالح لانه انظر لما ذكرنا والوصي بمنزلة الاب في جميع ذلك الا انه لا يقتل
لانه ليس له ولاية على نفسه وهذا من قبيله ويندرج تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس
واستيفاء القصاص في الطرف فانه لم يستثن الا القتل وفي كتاب الصلح ان الوصي
لا يملك الصلح لانه تصرف في النفس بالاعتياض عنه فينزل منزلة الاستيفاء ووجه المذكور
هنا ان المقصود من الصلح المال وانه يجب بعقده كما يجب بعقد الاب بخلاف القصاص لان المقصود
التشفي وهو يختص بالاب ولا يملك العفو لان الاب لا يملكه لما فيه من الابطال فهو اولى قالوا
القياس ان لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف كما لا يملكه في النفس لان المقصود متحد وهو
التشفي وفي الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فانها خلقت
وقاية الانفس كالمال على ما عرف فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف في المال والصبي
بمنزلة المعتوه في هذا والقاضي بمنزلة الاب في الصحيح الا ترى ان من قتل ولا ولي له

في حق المعتوه وليس له ان يعفو لان فيه ابطال حقه وكذلك ان قطعت يد المعتوه عمدا صح

يستوفيه

يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلته فيه قال ومن قتل وله اولياء صغار وكبار فللكبار ان يقتلوا
القاتل عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار لان القصاص مشترك بينهم ولا يمكن
استيفاء البعض لعدم التجزي وفي استيفائهم الكل ابطال حق الصغار فيؤخر الى ادراكهم كما
اذا كان بين الكبيرين واحدهما غائب او كان بين المولين وله انه حق لا يتجزى لثبوته
بسبب لا يتجزى وهو القرابة واحتمال العفو من الصغير منقطع في الحال فيثبت لكل واحد كملا كما في ولاية
الانكاح بخلاف الكبيرين لان احتمال العفو من الغائب ثابت ومسئلة المولين ممنوعة قال
ومن ضرب رجلا بمر فقتله فان اصابه بالحديد قتل به وان اصابه بالعود فعليه الدية قال رضي الله عنه
وهذا اذا اصابه بحد الحديد لوجود الجرح فكمل السبب وان اصابه بظهر الحديد فعندهما
يجب وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله اعتبارا للآلة وهو الحديد وعنه انما يجب اذا جرح
وهو الاصح على ما نبينه ان شاء الله تعالى وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان واما اذا ضربه بالعود
فتجب الدية لوجود قتل النفس المعصومة وامتناع القصاص حتى لا يهدر الدم ثم قيل هو
بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلا بالمثقل وفيه خلاف ابي حنيفة رحمه الله على ما نبين وقيل هو
بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وهي مسئلة الموالاة له ان الموالاة في الضربات الى
ان مات دليل العمدية فيتحقق الموجب ولنا ما روينا الا ان قتيل خطأ العمد ويروى قتيل
العمد الحديث ولان فيه شبهة عدم العمدية لان الموالاة قد تستعمل للتاديب او لعله
اعتراه القصد في خلال الضربات فيعرى اول الفعل عنه وعساه اصاب المقتل والشبهة
دارئة للقود فوجبت الدية قال ومن غرق صبيا او بالغا في البحر فلا قصاص عند ابي حنيفة
وقالا يقتص منه وهو قول الشافعي غير ان عندهما يستوفى حزا وعنده يغرق كما بينا من قبل
لهم قوله عليه الصلوة والسلام من غرق غرقناه ولان الآلة قاتلة فاستعمالها دلالة العمدية
ولا مراء في العصمة وله قوله عليه السلام الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه
في كل خطأ ارش ولان الآلة غير معدة للقتل ولا مستعملة فيه لتعذر استعماله فتمكنت شبهة
عدم العمدية ولان القصاص ينبئ عن المماثلة ومنه يقال اقتص اثره ومنه المقصة للجلمين
ولا تماثل بين الجرح والدق لقصور الثاني عن تخريب الظاهر وكذا لا يتماثلان في حكمة
الزجر لان القتل بالسلاح غالب وبالمثقل نادر وما رواه غير مرفوع او هو
محمول على السياسة وقد اومت اليه اضافته الى نفسه فيه فاذا امتنع القصاص وجبت

وجبت الدية وهي على العاقلة وقد ذكرناه واختلاف الروايتين في الكفارة قال ومن جرح رجلًا عمدًا فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه في الظاهر فاضيفه اليه قال واذا التقى الصفان من المسلمين والمشركين فقتل مسلم مسلمًا ظن انه مشرك فلا قود عليه وعليه الكفارة لان هذا احد نوعي الخطاء على ما بيناه والخطاء بنوعيه لا يوجب القود ويوجب الكفارة وكذا الدية على ما نطق به نص الكتاب ولما اختلفت سيوف المسلمين على اليمان ابي حذيفة رضي الله عنه قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية اذا كانوا مختلطين فان كان في صف المشركين لا تجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال النبي عليه السلام من كثر سواد قوم فهو منهم قال ومن شج نفسه وشجه رجل وعقره اسد واصابته حية فمات من ذلك فعلى الاجنبي ثلث الدية لان فعل الاسد والحية جنس واحد لكونه هدرًا في الدنيا والاخرة وفعله بنفسه هدر في الدنيا معتبر في الاخرة حتى يأثم عليه وفي النوادر ان عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله يغسل ويصلى عليه وعند ابي يوسف لا يغسل ولا يصلى عليه وفي شرح السير الكبير ذكر في الصلوة عليه اختلاف المشايخ على ما ذكرناه في كتاب التجنيس فلم يكن هدرًا مطلقًا فكان جنسًا آخر وفعل الاجنبي معتبر في الدنيا والاخرة فصارت ثلثة اجناس وكان النفس تلفت بثلثة افعال فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية فصل ومن شهر على المسلمين سيفًا فعليهم ان يقتلوه لقوله عليه السلام من شهر على المسلمين سيفًا فقد اطل دمه ولانه باغ فتسقط عصمته ببغيه ولانه تعين طريقًا لدفع القتل عن نفسه فله قتله وقوله فعليهم وقول محمد في اصل الجامع الصغير يحق على المسلمين ان يقتلوه اشارة الى الوجوب والمعنى وجوب دفع الضرر وفي سرقة الجامع الصغير ومن شهر على رجل سلاحًا ليلًا او نهارًا او شهر عليه عصا في مصر ليلًا او نهارًا في طريق في غير مصر فقتله المشهور عليه عمدًا فلا شيء عليه لما بينا وهذا لان السلاح لا يلبث فيحتاج الى دفعه بالقتل والعصا الصغير وان كان يلبث ولكن في الليل لا يلحقه الغوث فيضطر الى دفعه بالقتل وكذا في النهار في غير المصر في الطريق لا يلحقه الغوث فاذا قتله كان دمه هدرًا قالوا فان كان عصا لا يلبث يحتمل ان يكون مثل السلاح عندهما قال واذا شهر المجنون على غيره سلاحًا فقتله المشهور عليه عمدًا فعليه الدية في ماله وقال الشافعي لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة وعن ابي يوسف انه يجب الضمان في الدابة ولا يجب في الصبي والمجنون له انه قتله دافعًا عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر ولانه يصير محمولًا على قتله بفعله فاشبه المكره ولابي يوسف ان فعل الدابة غير معتبر اصلًا حتى لو تحقق لا يوجب الضمان اما فعلهما معتبر في الجملة حتى لو حققناه

يجب

يجب عليهما الضمان وكذا عصمتهما لحقهما وعصمة الدابة لحق مالكها فكان فعلهما مسقطًا للعصمة دون فعل الدابة ولنا انه قتل شخصًا معصومًا او اتلف مالًا معصومًا حقًا للمالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطًا وكذا فعلهما وان كان عصمتهما حقهما لعدم اختيار صحيح ولهذا لا يجب القتل بتحقيق الفعل منهما بخلاف العاقل البالغ لان له اختيارًا صحيحًا وانما لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فتجب الدية قال ومن شهر على غيره سلاحًا في المصر فضربه ثم قتله الآخر فعلى القاتل القصاص معناه اذا ضربه فانصرف لانه خرج من ان يكون محاربًا بالانصراف فعادت عصمته قال ومن دخل على غيره ليلًا واخرج السرقة فاتبعه فقتله فلا شيء عليه لقوله عليه السلام قاتل دون مالك ولانه يباح له القتل دفعًا في الابتداء فكذا استردادًا في الانتهاء وتاويل المسئلة اذا كان لا يتمكن من الاسترداد الا بالقتل باب القصاص فيما دون النفس ومن قطع يد غيره عمدًا من المفصل قطعت يده وان كانت يده اكبر من اليد المقطوعة لقوله تعالى والجروح قصاص وهو ينبئ عن المماثلة وكل ما امكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص وما لا فلا وقد امكن في القطع من المفصل فاعتبر ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لان منفعة اليد لا تختلف بذلك قال وكذلك الرجل ومارن الانف والاذن لامكان رعاية المماثلة قال ومن ضرب عين رجل فقلعها فلا قصاص عليه لامتناع المماثلة في القلع وان كانت قائمة فذهب ضوءها فعليه القصاص لامكان المماثلة على ما قال تحمى له المرآة ويجعل على وجهه قطن رطب وتقابل عينه بالمرآة فيذهب ضوءها وهو مأثور عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم قال وفي السن القصاص لقوله تعالى والسن بالسن وان كان سن من يقتص منه اكبر من سن الآخر لان منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر قال وفي كل شجة تتحقق فيها المماثلة القصاص لما تلونا قال ولا قصاص في عظم الا في السن وهذا اللفظ مروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما وقال عليه السلام لا قصاص في العظم والمراد غير السن ولان اعتبار المماثلة في غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف السن لانه يبرد بالمبرد ولو قلع من اصله يقلع الثاني فيتماثلان قال وليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد او خطاء لان شبه العمد يعود الى الآلة والقتل هو الذي يختلف باختلافها دون ما دون النفس لانه لا يختلف اتلافه باختلاف الآلة فلم يبق الا العمد والخطاء قال ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين خلافًا للشافعي في جميع ذلك الا في الاطراف والقطع

قالوا انما يجب الدية ه

في الكتاب ه

طرف العبد ويعتبر الاطراف بالانفس لكونها تابعة لها ولنا ان الاطراف يسلك بها
مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة وهو معلوم قطعا بتقويم الشرع فامكن اعتباره
بخلاف التفاوت في البطش لانه لا ضابط له فاعتبر اصله وبخلاف الانفس لان المتلف
المتعلق ازهاق الروح ولا تفاوت فيه ويجب القصاص في الاطراف بين المسلم والكافر للتساوي
بينهما في الارش قال ومن قطع يد رجل من نصف الساعد او جرحه جائفة فبرأ منها فلا قصاص
عليه لانه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه اذ الاول كسر العظم ولا ضابط في الشرع وكذا البرء نادر
فيفضي الثاني الى الهلاك ظاهرا قال وان كانت يد المقطوع صحيحة ويد القاطع شلاء او ناقصة
الاصابع فالمقطوع بالخيار ان شاء قطع اليد المعيبة ولا شيء له غيرها وان شاء اخذ الارش
كاملا لان استيفاء الحق كملا متعذر فله ان يتجوز بدون حقه وله ان يعدل الى العوض كالمثلي
اذا انصرم عن ايدي الناس بعد الاتلاف ثم اذا استوفاها ناقصا فقد رضي به فيسقط حقه كما
اذا رضي بالردي مكان الجيد ولو سقطت المؤفة قبل اختيار المجني عليه او قطعت ظلما فلا شيء له
عندنا لان حقه متعين في القصاص وانما ينتقل الى المال باختياره فيسقط بفواته بخلاف ما اذا
قطعت بحق عليه من قصاص او سرقة حيث يجب عليه الارش لانه اوفى به حقا مستحقا فصارت
سالمة له معنى قال ومن شج رجلا فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه وهي لا تستوعب ما بين
قرني الشاج فالمشجوج بالخيار ان شاء اقتص بمقدار شجته يبتدئ من اي الجانبين
شاء وان شاء اخذ الارش لان الشجة موجبة لكونها مشينة فيزداد الشين
بزيادتها وفي استيفائها ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل ولا يلحقه من الشين
باستيفائه قدر حقه ما يلحق المشجوج فينتقص فيتخير كما في الشلاء والصحيحة وفي عكسه
يتخير ايضا لانه يتعذر الاستيفاء كملا للتعدي الى غير حقه وكذا اذا كانت الشجة
في طول الرأس وهي تأخذ من جبهته الى قفاه ولا تبلغ الى قفا الشاج فهو بالخيار
لان المعنى لا يختلف قال ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر وعن ابي يوسف
انه اذا قطع من اصله يجب لانه يمكن اعتبار المساواة ولنا انه ينقبض وينبسط
ولا يمكن اعتبار المساواة الا ان تقطع الحشفة لان موضع القطع معلوم كالمفصل
ولو قطع بعض الحشفة وبعض الذكر فلا قصاص عليه لان البعض لا يعلم مقداره
بخلاف الاذن اذا قطع كله او بعضه لانه لا ينقبض ولا ينبسط وله حد يعرف

فيمكن

فيمكن اعتبار المساواة والشفة ان استقصاها بالقطع يجب القصاص لامكان اعتبار
المساواة بخلاف ما اذا قطع بعضها لانه يتعذر اعتبارها فصل واذا اصطلح القاتل
واولياء القتيل على مال سقط القصاص ووجب المال قليلا كان او كثيرا لقوله تعالى
فمن عفي له من اخيه شيء الآية على ما قيل نزلت في الصلح وقوله عليه السلام من قتل له قتيل
الحديث والمراد والله اعلم الاخذ بالرضا على ما بيناه وهو الصلح بعينه ولان حق ثابت
للورثة يجري فيه الاسقاط عفوا فكذا تعويضا لاشتماله على احسان الاولياء واحياء
القاتل فيجوز بالتراضي والقليل والكثير فيه سواء لانه ليس فيه نص مقدر فيفوض الى اصطلاحهما
كالخلع وغيره وان لم يذكروا حالا ولا مؤجلا فهو حال لانه مال واجب بالعقد والاصل
في امثاله الحلول كالمهر والثمن بخلاف الدية لانه ما وجب بالعقد وان كان القاتل حرا
وعبدا فامر الحر ومولى العبد رجلا بان يصالح عن دميهما على الف درهم ففعل فالالف
على الحر والمولى نصفان لان عقد الصلح اضيف اليهما قال واذا عفا احد الشركاء
من الدم او صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين من القصاص وكان لهم نصيبهم
من الدية واصل هذا ان القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا لمالك والشافعي
في الزوجين لهما ان الوراثة خلافة وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت
ولنا انه عليه السلام امر بتوريث امرأة اشيم الضبابي من عقل زوجها اشيم ولانه
حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات احدهما عن ابن كان القصاص
بين الصلبي وبين ابن الابن فيثبت لسائر الورثة والزوجية تبقى حكما بعد الموت
في حق الارث او يثبت الموت مستندا الى سببه وهو الجرح واذا ثبت للجميع فكل منهم
يتمكن من الاستيفاء والاسقاط عفوا او صلحا ومن ضرورة سقوط حق البعض
في القصاص سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزى بخلاف ما اذا قتل رجلين وعفا احد الوليين
لان الواجب هناك قصاصان من غير شبهة لاختلاف القتل والمقتول وههنا واحد
لاتحادهما واذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقين مالا لانه امتنع لمعنى راجع الى
القاتل وليس للعافي شيء من المال لانه اسقط حقه بفعله ورضاه ثم يجب ما يجب من المال
في ثلث سنين وقال زفر يجب في سنتين فيما اذا قطعت يده خطأ ولنا ان هذا
بعض بدل الدم وكله مؤجل الى ثلث سنين فكذلك بعضه والواجب في اليد كل بدل

الارث صح

اذا كان بين شريكين وعفا احدهما
لان الواجب نصف الدية فيعتبر بما هو

الطرف فهو في ستين في الشرع ويجب في ماله لانه عمد قال واذا قتل جماعة واحدا عمدا
اقتص من جميعهم لقول عمر رضي الله عنه لو تمالأ عليه اهل صنعاء لقتلتهم ولان القتل بطريق
التغالب غالب والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء قال واذا قتل واحد
جماعة فحضر اولياء المقتولين قتل لجماعتهم ولا شيء لهم غير ذلك فان حضر واحد قتل له وسقط
حق الباقين وقال الشافعي رحمه الله يقتل بالاول منهم ويجب للباقين المال وان اجتمعوا
ولم يعرف الاول قتل لهم وقسمت الديات بينهم وقيل يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت
قرعته له ان الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق في حقه قتل واحد فلا تماثل وهو
القياس في الفصل الاول الا انه عرف بالشرع ولنا ان كل واحد منهم قاتل بوصف
الكمال فجاء التماثل اصله الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص ولانه
وجد في كل واحد جرح صالح للازهاق فيضاف الى كل واحد منهم اذ هو لا يتجزى
ولان القصاص شرع مع المنافي لتحقق الاحياء وقد حصل بقتله فاكتفي به قال ومن
وجب عليه القصاص اذا مات سقط عنه القصاص لفوات محل الاستيفاء فاشبه موت
العبد الجاني ويتأتى فيه خلاف الشافعي رحمه الله اذ الواجب احدهما عنده قال واذا قطع
رجلان يد رجل واحد فلا قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية وقال الشافعي
رحمه الله تقطع يداهما والمفروض اذا اخذا سكينا وامراه على يده حتى انقطعت له الاعتبار
بالانفس والايدي تابعة لها فاخذت حكمها او نجمع بينهما بجامع الزجر ولنا ان كل
واحد منهما قاطع بعض اليد لان الانقطاع حصل باعتمادهما والمحل متجز فيضاف الى كل
واحد البعض فلا مماثلة بخلاف النفس لان الازهاق لا يتجزى ولان القتل بطريق الاجتماع
غالب حذار الغوث والاجتماع على قطع اليد من المفصل في حيز الندرة لافتقاره الى مقدمات
فيلحقه الغوث قال وعليهما نصف الدية لانه دية اليد الواحدة وهما قطعاها قال وان قطع
واحد يميني رجلين فحضرا فلهما ان يقطعا يده ويأخذا منه نصف الدية يقتسمانه نصفين سواء
قطعهما معا او على التعاقب وقال الشافعي رحمه الله في التعاقب تقطع بالاول وفي القران
يقرع لان اليد استحقها الاول فلا يثبت الاستحقاق فيها للثاني كالرهن بعد الرهن وفي القران
اليد الواحدة لا تفي بالحقين فيرجح بالقرعة ولنا انهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان
في حكمه كالغريمين في التركة والقصاص ملك الفعل يثبت مع المنافي فلا يظهر الا في حق الاستيفاء

اما المحل

قال في شرح الكافي للحاكم الشهيد وقال الشافعي رحمه الله ان قطع اليمينين على التعاقب تقتص للاول ويغرم الدية للآخر وان قطعهما معا فالقاضي
يقرع بينهما فمن خرجت قرعته تقتص له والدية للآخر وجه قوله ان الطرف في حق ملك القصاص صار مملوكا للاول منهما وانه ملك محقق ولهذا يورث
وقد وجد القطع الثاني والطرف مستحق للاول فلا يمكن ايجاب القصاص كالرهن بعد الرهن فان المرتهن الثاني لا يستحقه عند تعذر ايجاب القصاص
يصار الى الدية واذا وجد القطعان معا فايجاب القصاص بكل واحد منهما غير ممكن لان المحل
يضيق عن القصاصين وليس احدهما اولى من الآخر فتعين القصاص والدية للآخر
فالقاضي الى ان يقرع بينهما تطييبا لقلبهما لان له هذه الولاية بدون القرعة اذ ليس فيه ابطال
حق احدهما الا انه لو فعل ذلك بدون القرعة ينسب الى التهمة فله ان يقرع بينهما احترازا
عن تهمة الميل

اما المحل فخال منه فلا يمنع ثبوت الثاني بخلاف الرهن لان الحق ثابت في المحل فصار كما اذا قطع
العبد يمينيهما على التعاقب يستحق رقبته لهما وان حضر واحد منهما فقطع يده فللآخر
عليه نصف الدية لان للحاضر ان يستوفي لثبوت حقه وتردد حق الغائب واذا استوفى
لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر في الدية لانه اوفى به حقا مستحقا قال
واذا اقر العبد بقتل العمد لزمه القود وقال زفر رحمه الله لا يصح اقراره لانه يلاقي حق المولى بالابطال
فصار كما اذا اقر بالمال ولنا انه غير متهم فيه لانه مضر به فيقبل ولان العبد مبقى
على اصل الحرية في حق الدم عملا بالآدمية حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص
وبطلان حق المولى بطريق الضمن فلا يبالى به قال ومن رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه
الى آخر فماتا فعليه القصاص للاول والدية للثاني على عاقلته لان الاول عمد والثاني
احد نوعي الخطأ كانه رمى الى صيد فاصاب آدميا والفعل يتعدد بتعدد الاثر فصل
ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ يده او قطع يده عمدا ثم قتله خطأ فانه يؤخذ
بالامرين جميعا والاصل فيه ان الجمع بين الجراحات واجب ما امكن تتميما للاول لان
القتل في الاعم يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج الا ان لا يمكن
الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه وقد تعذر الجمع في هذه الفصول في الاولين لاختلاف
حكم الفعلين وفي الآخرين لتخلل البرء وهو قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل البرء وقد تجانسا
بان كانا خطأين يجمع بالاجماع لامكان الجمع واكتفي بدية واحدة وان كان قطع
يده عمدا ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ يده فان شاء الامام قال اقطعوه ثم اقتلوه وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يقتل ولا تقطع يده لان الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل
البرء فيجمع بينهما وله ان الجمع متعذر اما للاختلاف بين الفعلين هذين لان الموجب القود
وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر او لان
الحز يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو صدر من شخصين يجب القود على الحاز فصار كتخلل البرء بخلاف ما اذا قطع وسرى
لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطأين لان الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار
المساواة ولان ارش اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية
فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة فلا يجتمعان اما القطع والقتل قصاصا فيجتمعان
قال ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة ففيه دية واحدة لانه

هذه مسئلة الجامع الصغير قال صدر الشهيد وغيره اذا بقي اثر الضرب
فان لم يبق لا يجب شيء عند ابي حنيفة كما في المسئلة المتقدمة وهذا اذا جرح
ثم برأ فاما اذا لم يجرح لا يجب شيء بالاتفاق

قوله ولم يبق لها اثر قيد به لانه لو بقي لها اثر يبقى
الى يجب حكومة عدل جلال الدين محمود القونوى

لما براء منها لا يبقى معتبرة في حق الارش وان بقيت معتبرة في حق التوبة فيبقى الاعتبار للعفو
وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها اثر على اصل ابي حنيفة رح وعن ابي يوسف رح في مثله
حكومة عدل وعن محمد يجب اجرة الطبيب قال وان ضرب رجلا مائة سوط وجرحه وبقي لها اثر تجب
حكومة العدل لبقاء الاثر والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس قال ومن قطع يد رجل
فعفى المقطوعة يده عن القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية في ماله وان عفى عن القطع وما يحدث
منه او عن الجناية ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس ثم اذا كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمدا
فهو من جميع المال وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا عفى عن القطع فهو عفو عن النفس ايضا
وعلى هذا الخلاف اذا عفى عن الشجة ثم سرى الى النفس ومات لهما ان العفو عن القطع عفو عن موجبه وموجبه
القطع لو اقتصر او القتل اذا سرى فكان العفو عنه عفوا عن احد موجبيه ايهما كان ولان اسم
القطع يتناول الساري والمقتصر فيكون العفو عن القطع عفوا عن نوعيه وصار كما اذا عفى عن الجناية
فانه يتناول الجناية السارية والمقتصرة كذا هذا وله ان سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس
معصوم متقوم والعفو لم يتناوله بصريحه لانه عفى عن القطع وهو غير القتل وبالسراية تبين ان
الواقع قتل وحقه فيه ونحن نوجب ضمانه وكان ينبغي ان يجب القصاص وهو القياس لانه هو الموجب
للعمد الا ان في الاستحسان تجب الدية لان صورة العفو اورثت شبهة وهي دارئة
للقود ولا نسلم ان الساري نوع من القطع وان السراية صفة له بل الساري قتل من الابتداء
وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعا فلا يتناوله العفو بخلاف العفو عن الجناية لانه اسم جنس
وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها لانه صريح في العفو عن السراية والقتل قال ولو كان القطع خطأ
فقد اجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافا اذ ان بذلك اطلاقه الا انه ان كان خطأ فهو
من الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال لان موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لانه
ليس بمال وصار كما اذا اوصى باعارة ارضه اما الخطأ فموجبه المال وحق الورثة يتعلق به
فيعتبر من الثلث قال واذا قطعت المراءة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها
وعلى عاقلتها الدية ان كان خطاء وفي مالها ان كان عمدا وهذا عند ابي حنيفة رح لان العفو
عن اليد اذا لم يكن عفوا عما يحدث عنه عنده فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث
منه ثم القطع اذا كان عمدا يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح
مهرا لا سيما على تقدير السقوط فيجب مهر المثل وعليها الدية في مالها لان التزوج وان كان

يتضمن

يتضمن العفو على ما بيناه ان شاء الله لكن عن القصاص في الطرف في هذه الصورة واذا
تبين انه قتل النفس ولم يتناوله العفو فتجب الدية في مالها لانه عمد والقياس ان يجب القصاص
على ما بيناه واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة اذا كانا على السواء فان كان
في الدية فضل ترده على الورثة وان كان في المهر فضل ترده الورثة عليها وان كان القطع خطأ يكون هذا تزوجا
على ارش اليد واذا سرى الى النفس تبين انه لا ارش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما
اذا تزوجها على ما في اليد ولا شيء فيها ولا تقاص لان الدية تجب على العاقلة في الخطأ والمهر لها
قال ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها او على الجناية ثم مات من ذلك والقطع عمد فلها مهر مثلها
لان هذا تزوج على القصاص وهو لا يصلح مهرا فيجب مهر المثل على ما بيناه وصار كما اذا تزوجها
على خمر او خنزير ولا شيء له عليها لانه لما جعل القصاص مهرا فقد رضي بسقوطه بجهة المهر فيسقط اصلا
كما اذا اسقط القصاص بشرط ان يصير مالا فانه يسقط اصلا وان كان خطأ ويرفع عن العاقلة
مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية لان هذا تزوج على الدية وهي تصلح مهرا الا انه يعتبر بقدر مهر
مثلها من جميع المال لانه مريض مرض الموت والتزوج من الحوائج الاصلية ولا يصح في حق الزيادة
على مهر المثل لانه محاباة فيكون وصية ويرفع عن العاقلة لانهم يتحملون عنها فمن المحال
ان يرجع عليهم بموجب جنايتها وهذه الزيادة وصية لهم لانهم من اهل الوصية لما انهم ليسوا
بقتلة فان كانت تخرج من الثلث تسقط وان لم تخرج من الثلث سقط ثلثه وقال ابو يوسف
ومحمد رح كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما
فاتفق جوابهما في الفصلين قال ومن قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات فانه يقتل
المقتص منه لانه تبين ان الجناية كانت قتل عمد وحق المقتص له القود واستيفاء القطع لا يوجب
سقوط القود لكن كان له القود اذا استوفى طرف من عليه وعن ابي يوسف رح انه يسقط
حقه عن القصاص لانه لما اقدم على القطع فقد ابراه عما وراءه ونحن نقول انما اقدم على القطع
ظنا منه ان حقه فيه وبعد السراية انه تبين انه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم قال
ومن قتل وليه عمدا فقطع يد قاتله ثم عفى وقد قضي له بالقصاص او لم يقض فعلى قاطع اليد دية
اليد عند ابي حنيفة رح وقالا لا شيء عليه لانه استوفى حقه فلا يضمنه وهذا لانه استحق
اتلاف النفس بجميع اجزائه ولهذا لو لم يعف لا يضمنه وكذا اذا سرى وما برئ او ما عفى
وما سرى او قطع ثم حز رقبته قبل البرء او بعده وصار كما اذا كان له قصاص

في الطرف فقطع اصابعه ثم عفي لا يضمن الاصابع وله انه استوفى غير حقه لان حقه في
وهذا قطع وابانة وكان القياس ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فان له ان
تبعا واذا سقط وجب المال وانما لا يجب في الحال لانه يحتمل ان يصير قتلا بالسراية فيكون
مستوفيا حقه وملك القصاص في النفس ضروري لا يظهر الا عند الاستيفاء او العفو
او الاعتياض لما انه تصرف فيه فاما قبل ذلك لم يظهر لعدم الضرورة بخلاف ما سرى
لانه استيفاء وبخلاف ما اذا لم يعف وما سرى قلنا انما يتبين كونه قطعا بغير حق بالبرء
لو قطع وما عفي وذكر في الصحيح انه على الخلاف واذا قطع ثم جز رقبته قبل البرء فهو استيفاء
ولو جز بعد البرء فهو على الخلاف وهو الصحيح والاصابع وان كانت تابعة قياما بالكف
فالكف تابعة لها غرضا بخلاف الطرف لانها تابعة للنفس في كل وجه قال ومن له
في الطرف فاستوفاه ثم سرى الى النفس فمات يضمن دية النفس عند ابي حنيفة وقالا
لا يضمن لانه استوفى حقه وهو القطع ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب
القصاص اذ الاحتراز عن السراية ليس في وسعه فصار كالامام والبزاغ والحجام والمأمور
بقطع اليد وله انه قتل بغير حق لان حقه في القطع وهذا وقع قتلا ولهذا لو وقع ظلما
كان قتلا ولانه جرح افضى الى فوات الحيوة في مجرى العادة وهو مسمى القتل الا ان
القصاص سقط للشبهة فوجب المال بخلاف ما استشهد به من المسائل لانه مكلف
فيها بالفعل اما تقلدا كالامام او عقدا كما في غيره منها والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة
كالرمي على الحربي وفيما نحن فيه لا التزام ولا وجوب اذ هو مندوب الى العفو فيكون
من باب الاطلاق فاشبه الاصطياد والله اعلم باب الشهادة في القتل
ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب
فانه يعيد البينة عند ابي حنيفة وقالا لا يعيد وان كان خطأ لم يعدها بالاجماع وكذا اذا
كان بينهما دين لابيهما على الآخر لهما في الخلافية ان القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين وهذا
لانه عوض عن نفسه فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعوض كما في الدية ولهذا لو انقلب
مالا يكون للميت ولهذا يسقط بعفوه بعد الجرح قبل الموت فينتصب احد الورثة خصما
عن الباقين وله ان القصاص طريقه الخلافة دون الوراثة الا ترى انه يثبت بعد الموت
والميت ليس من اهله بخلاف الدين والدية لان الميت من اهل الملك في الاموال كما اذا نصب

شبكة

شبكة وتعلق بها صيد بعد موته فانه يملكه واذا كان طريقه الاثبات ابتداء لا ينتصب احد
خصما عن الباقين فيعيد البينة بعد حضوره فان كان اقام القاتل البينة ان الغائب قد عفى
فالشاهد خصم ويسقط القصاص لانه ادعى على الحاضر سقوط حقه في القصاص الى مال ولا يمكنه
اثباته الا باثبات العفو عن الغائب فينتصب الحاضر خصما عن الغائب وكذا عبد بين رجلين قتل
عمدا واحد الرجلين غائب فهو على هذا لما بينا قال وان كان الاولياء ثلثة فشهد اثنان
منهم على الآخر انه قد عفى فشهادتهما باطلة وهو عفو منهما لانهما يجران بشهادتهما الى انفسهما
مغنما وهو انقلاب القود مالا فان صدقهما القاتل فالدية بينهم اثلاثا معناه اذا صدقهما وحده
لانه لما صدقهما فقد اقر بثلثي الدية لهما فيصح اقراره الا انه ادعى سقوط حق المشهود عليه
وهو ينكر فلا يصدق ويغرم نصيبه وان كان كذبهما فلا شيء لهما وللآخر ثلث الدية معناه
اذا كذبهما القاتل ايضا وهذا لانهما اقرا على انفسهما بسقوط القصاص فقبل وادعيا انقلاب
نصيبهما مالا فلا يقبل الا بحجة وينقلب نصيب المشهود عليه مالا لان دعواهما العفو عليه
وهو ينكر بمنزلة ابتداء العفو منهما في حق المشهود عليه لان سقوط القود مضاف اليهما
وان صدقهما المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه لاقراره له بذلك
ولكنه لتصرف ذلك الى الشاهدين وهذا استحسان والقياس ان لا يلزمه شيء لان ما ادعاه
الشاهدان على القاتل لم يثبت لانكاره وما اقر به القاتل للمشهود عليه قد بطل بتكذيبه
وجه الاستحسان ان القاتل بتكذيبه الشاهدين اقر للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه ان القصاص
سقط بدعواهما العفو على الغائب وانقلب نصيبه مالا والغائب لما صدق الشاهدين في العفو
فقد زعم ان نصيبهما انقلب مالا فصار مقرا لهما بما اقر به القاتل فيجوز اقراره بذلك بمنزلة ما لو اقر
لرجل بالف درهم فقال المقر له هذه الالف ليست لي ولكنها لفلان جاز وصار الالف لفلان
كذا هذا اورد في الجامع الصغير ان هذا الثلث للشاهدين لا للمشهود عليه وهو الاصح قال واذا شهد
الشهود انه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القود اذا كان عمدا لان الثابت
بالشهادة كالثابت معاينة وفي ذلك القصاص كما بيناه والشهادة على القتل العمد
يتحقق على هذا الوجه لان الموت بسبب الضرب انما يعرف اذا صار بالضرب صاحب فراش
حتى مات وتأويله اذا شهدوا انه ضربه بشيء جارح قال واذا اختلف شاهدا القتل
في الايام او في البلدان او في الذي كان به القتل فهو باطل لان القتل لا يعاد ولا يكرر

قوله فقال الولي قتلتماه جميعا فله ان يقتلهما فان قيل ما الفرق بين هذا وبين قوله صدقتما في هذه الصورة حيث لم يكن له ان يقتل واحدا منهما في قوله صدقتما كذا ذكره التمرتاشي رضي الله عنه قلنا الفرق بينهما فان الفرق بينهما هو ان قوله صدقتما لقوله لكل واحد منهما انت قتلته وحدك وفي تصديق كل واحد منهما تكذيب الآخر في الجميع وهو تكذيب لهما جميعا بخلاف قوله قتلتماه لانه لما اقر كل واحد منهما بكل القتل صدق الولي بقوله قتلتماه كل واحد منهما في نصف القتل والتكذيب في نصف ما اقر به لا يبطل الاقرار في كل ما اقر به يبطل الاقرار لانه يكون ردا لاقراره والاقرار يرتد بالرد اما التكذيب ... جلال الدين محمد المولوي

والقتل في زمان او مكان غير القتل في زمان او في مكان آخر والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاول شبه عمد ويختلف احكامهما وكان على كل قتل شهادة فرد وكذا اذا قال احدهما قتله بعصا وقال الآخر لا ادري باي شيء قتله فهو باطل لان المطلق يغاير المقيد قال وان شهدا انه قتله وقالا لا ندري باي شيء قتله ففيه الدية والقياس ان لا يقبل هذه الشهادة لان الفعل يختلف باختلاف الآلة فجهل المشهود به وجه الاستحسان انهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل فيجب اقل موجبيه وهو الدية ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه سترا عليه او لو كذبهم في نفي العلم ظاهرا وورد باطلاقه في اصلاح ذات البين وهذا آخر معناه فلا يثبت الاختلاف بالشك ويجب الدية في ماله لان الاصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة قال واذا اقر رجلان كل واحد منهما انه قتل فلانا فقال الولي قتلتماه جميعا فله ان يقتلهما جميعا وان شهدوا على رجل انه قتله وشهد آخرون على آخر بقتله فقال الولي قتلتماه جميعا بطل ذلك كله والفرق ان الاقرار والشهادة تتناول كل واحد منهما وجود كل القتل ووجوب القصاص وقد حصل التكذيب في الاول من المقر له والمشهود له غير ان تكذيب المقر له المقر في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره في الباقي وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته اصلا لان التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول اما فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار والله اعلم بالصواب

باب في اعتبار حالة القتل

ومن رمى مسلما فارتد المرمي اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا شيء عليه لانه بالارتداد اسقط تقوم نفسه فيكون مبرئا الرامي عن موجبه كما اذا ابرأه بعد الجرح قبل الموت وله ان الضمان يجب بفعله وهو الرمي اذ لا فعل منه بعده فيعتبر حالة الرمي والمرمي اليه فيها متقوم ولهذا يعتبر حالة الرمي في حق الحل حتى لا يحرم بردة الرامي بعد الرمي وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل الموت والقود وان كان عمدا فالقود سقط للشبهة ووجبت الدية قال ولو رمى اليه وهو مرتد فاسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعا وكذا اذا رمى حربيا فاسلم لان الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا لصيرورته متقوما بعد ذلك قال وان رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع السهم به فعليه قيمته للمولى عند ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي وقول ابي يوسف مع ابي حنيفة رحمه الله له ان العتق قاطع للسراية فاذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهو جناية ينتقص بها قيم المرمي اليه بالاضافة الى

وجه ابي حنيفة وابي يوسف ان الرمي حين قاتلا بفعله الذي صار كانه اصابه السهم في ذلك الوقت وحين كان المرمي اليه عبدا فيجب قيمته وقت الرمي للمولى الا ترى ان رجلا لو والى رجلا بالموالاة فرمى رجلا ثم تحول ولاؤه الى غيره فالضمان على مولاه الاول ولا يجب على الآخر شيء وكذلك ههنا وكذلك مسلم رمى سهما الى صيد ثم ارتد والعياذ بالله ثم وقع السهم فتعتبر حل الصيد وكذا ههنا وليس الرمي كالجرح الذي قاس عليه محمد لوجود الفارق بينهما لان الجرح يحصل به تعيب المحل فيجب الضمان للمولى ... الا انتهاء لا ابتداء لانه يتنزل منزلة تبدل المحل حقيقة وعند تبدل المحل لا يتحقق السراية واما الرمي قبل اتصال السهم بالمحل فلم يحصل به اتلاف اصلا فلم يجب بالرمي في وجوه ضمان فلم يلزم مخالفة الانتهاء والابتداء وانما ... الا اتصال بالمحل ... جلال الدين المولوي

الرمي فيجب ذلك ولهما انه يصير قاتلا من وقت الرمي لان فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فيجب قيمته بخلاف القطع والجرح لانه اتلاف بعض المحل فانه يوجب الضمان للمولى وبعد السراية لو وجب شيء لوجب للعبد فتصير النهاية مخالفة للبداية اما الرمي قبل الاصابة باتلاف شيء منه لانه لا اثر له في المحل وانما قلت الرغبات فيه ولم يجب به ضمان فلا تتخالف النهاية والبداية فيجب قيمته للمولى وزفر رحمه الله وان كان يخالفنا في وجوب القيمة نظرا الى حالة الاصابة فالحجة عليه ما حققناه قال ومن قضي عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع احد الشهود ثم وقع به الحجر فلا شيء على الرامي لان المعتبر حالة الرمي وهو مباح الدم فيها قال واذا رمى المجوسي صيدا ثم اسلم ثم وقعت الرمية بالصيد لم يؤكل وان رماه وهو مسلم ثم تمجس والعياذ بالله ثم وقع به الرمي اكل لان المعتبر حالة الرمي في حق الحل والحرمة اذ الرمي هو الذكاة فتعتبر الاهلية وانسلابها عنده ولو رمى المحرم صيدا ثم حل فوقع السهم بالصيد فعليه الجزاء وان رمى حلال صيدا ثم احرم فلا شيء عليه لان الضمان انما يجب بالتعدي وهي الرمية في حالة الاحرام وفي الاول هو محرم وقت الرمي وفي الثاني حلال فلهذا افترقا والله اعلم

كتاب الديات

وفي شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل وقد بيناه في اول الجنايات وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الآية فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص ولا يجزئ فيه الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف ولانه جعل المذكور كل الواجب للفاء او لكونه كل المذكور على ما عرف ويجزئه رضيع احد ابويه مسلم لانه مسلم به والظاهر سلامة اطرافه ولا يجزئه ما في البطن لانه لم تعرف حيوته ولا سلامته وهو الكفارة في الخطاء لما ذكرنا وديته عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمه الله مائة من الابل ارباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وقال محمد والشافعي رحمه الله ثلاثون جذعة وثلاثون حقة واربعون ثنية كلها خلفات في بطونها اولادها لقوله عليه السلام الا ان قتيل خطاء العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل اربعون منها في بطونها اولادها ولان دية شبه العمد اغلظ وذلك فيما قلنا ولهما قوله عليه السلام في نفس المؤمن مائة من الابل وما رواه غير ثابت لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في صفة التغليظ وابن مسعود قال بالتغليظ ارباعا كما ذكرنا وهو كالمرفوع فيعارض به قال ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة لان التوقيف فيه فان قضى بالدية في غير الابل لم تتغلظ لما قلنا وقتل الخطاء تجب به الدية على العاقلة والكفارة على القاتل لما بيناه من قبل قال والدية في الخطاء مائة من الابل اخماس عشرون بنت مخاض وعشرون

وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة وهذا قول ابن مسعود رض
واخذنا به وان الش رح روايته ان النبي عليه السلام قضى في قتيل قتل خطاء اخماسا على نحو ما قال ولان
ما قلناه اخف فكان اليق بحال الخاطي لان الخاطي معذور غير ان عند الش رح يقضي بعشرين ابن لبون
مكان ابن مخاض والحجة عليه ما ذكرناه قال ومن العين الف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم
وقال الش رح من الورق اثنا عشر الفا لما روى ابن عباس ان النبي عم قضى بذلك
ولنا ما روى عن عمر رضي الله عنه ان النبي عليه الصلاة والسلام قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم
وتاويل ما روى انه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك ولا تثبت الدية
الا من هذه الانواع الثلثة عند ابي حنيفة رح وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة
ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان لان عمر رضي الله عنه هكذا جعل على اهل كل مال منها وله ان التقدير
انما يستقيم بشيء معلوم المالية وهذه الاشياء مجهولة المالية ولهذا لا يقدر بها ضمان والتقدير
بالابل عرف بالآثار المشهورة التي عدمناها في غيرها وذكر في المعاقل انه لو صالح على الزيادة
على مائتي حلة او مائتي بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف وقيل
هو قولهما قال ودية المرأة على النصف من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على علي رضي الله
عنه ومرفوعا الى النبي عليه السلام وقال الش رح ما دون الثلث لا يتنصف وامامه فيه
زيد بن ثابت والحجة عليه ما رويناه لعمومه ولان حالها انقص من حال الرجال ومنفعتها
اقل وقد ظهر اثر النقصان في التنصيف فكذا في اطرافها واجزائها اعتبارا بها وبالثلث
وما فوقه قال ودية المسلم والذمي سواء وقال الش رح دية اليهودي والنصراني
اربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمان مائة درهم وقال مالك رح دية اليهودي والنصراني
ستة آلاف درهم لقوله عليه الصلاة والسلام عقل الكافر نصف عقل المسلم والكل عنده
اثنا عشر الفا وللش رح ما روى انه عليه السلام جعل دية الذمي اربعة آلاف درهم
ودية المجوسي ثمان مائة درهم ولنا قوله عليه السلام كل ذي عهد في عهده الف دينار وكذلك قضى
ابو بكر وعمر رضي الله عنهما وما رواه الش رح لم يعرف رواته ولم يذكر في كتب الحديث وما رويناه
اشهر مما رواه مالك فانه ظهر به عمل الصحابة رضي الله عنهم فصل فيما دون النفس
قال وفي النفس الدية وقد ذكرناه وفي المارن الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية
والاصل فيه ما روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قال في النفس

الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله
صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم والاصل في الاطراف انه اذا فوت جنس منفعة على الكمال
او ازال جمالا مقصودا في الآدمي على الكمال يجب كل الدية لاتلافه النفس من وجه وهو
ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للآدمي اصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية
كلها في اللسان والانف وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة فنقول في الانف الدية لانه
ازال الجمال على الكمال وهو مقصود وكذا اذا قطع المارن او الارنبة لما ذكرنا ولو قطع
المارن مع القصبة لا يزاد على دية واحدة وكذا اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو
النطق وكذا في قطع بعضه اذا منع الكلام لتفويت منفعة مقصودة وان كانت الآلة قائمة
ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل تقسم على عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان
فبقدر ما لا يقدر يجب وقيل اذا قدر على اداء اكثرها يجب حكومة عدل لحصول الافهام
مع الاختلال وان عجز عن اداء الاكثر يجب كل الدية لان الظاهر انه لا يحصل منفعة
الكلام وكذا الذكر لانه يفوت به منفعة الوطي والايلاد واستمساك البول والرمي به
ودفق الماء والايلاج الذي هو طريق الاعلاق عادة وكذا في الحشفة الدية كاملة
لان الحشفة اصل في منفعة الايلاج والدفق والقصبة كالتابع له قال وفي العقل اذا ذهب
بالضرب الدية لفوات منفعة الادراك اذ به ينتفع بنفسه في معاشه ومعاده وكذا اذا ذهب
سمعه او بصره او شمه او ذوقه لان كل واحد منها منفعة مقصودة وقد روي ان عمر
رضي الله عنه قضى باربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع
والبصر قال وفي اللحية اذا حلقت ولم تنبت الدية لانه يفوت به منفعة الجمال وفي شعر
الرأس الدية لما قلنا وقال مالك رح وهو قول الش رح تجب فيهما حكومة عدل لان ذلك زيادة في الآدمي
ولهذا يحلق شعر الرأس كله واللحية بعضها في بعض البلاد وصار كشعر الصدر والساق ولهذا
يجب في شعر العبد نقصان القيمة ولنا ان اللحية في وقتها جمال الا ترى ان من عدمها خلقة
يتكلف في ستره بخلاف شعر الصدر والساق لانه لا يتعلق به الجمال واما لحية العبد فعن ابي حنيفة
رح انه يجب كمال القيمة والتخريج على الظاهر ان المقصود من العبد المنفعة بالاستعمال دون
الجمال بخلاف الحر قال وفي الشارب حكومة عدل هو الصحيح لانه تابع للحية فصار كبعض
اطرافها قال ولحية الكوسج ان كان على ذقنه شعرات معدودات فلا شيء في حلقه

لان وجوده يشينه ولا يزينه وان كان اكثر من ذلك وكان على الذقن والخد جميعا
لانه غير متصل ففيه حكومة عدل لما فيه بعض الجمال وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس
بكوسج وفيه معنى الجمال وهذا كله اذا فسد المنبت فان نبتت حتى استوى كما كان لا يجب شئ
لانه لم يبق اثر الجناية ويؤدب على ارتكابه ما لا يحل وان نبتت بيضاء فعن ابي حنيفة رحمه الله
انه لا يجب شئ في الحر لانه يزيده جمالا وفي العبد تجب حكومة عدل لانه ينقص قيمته وعندهما يجب
حكومة عدل في الحر ايضا لانه في غير اوانه يشينه ولا يزينه ويستوى العمد والخطأ على هذا
الجمهور وفي الحاجبين الدية وفي احدهما نصف الدية وقال مالك والشافعي رحمهما الله تعالى
في الحاجبين الدية وفي احدهما نصف الدية تجب حكومة عدل وقد مر الكلام فيه في اللحية قال
وفي العينين الدية وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية وفي الشفتين الدية وفي الاذنين
الدية وفي الانثيين الدية كذا روى في حديث سعيد بن المسيب عن النبي عم وفي كل واحد من هذه
الاشياء نصف الدية وفيما كتبه النبي عم لعمرو بن حزم وفي العينين الدية وفي احداهما نصف
الدية ولان في تفويت الاثنين من هذه الاشياء تفويت جنس المنفعة او كمال الجمال
فيجب كمال الدية وفي تفويت احدهما تفويت النصف فيجب نصف الدية قال وفي ثديي
المرأة الدية لما فيه من تفويت جنس المنفعة وفي احدهما نصف الدية لما بينا بخلاف ثديي
الرجل حيث تجب حكومة عدل لانه ليس فيه تفويت المنفعة والجمال وفي حلمتي المرأة الدية
كاملة لفوات جنس منفعة الارضاع وامساك اللبن وفي احدهما نصفها قال وفي اشفار
العينين الدية وفي احدها ربع الدية قال رضي الله عنه يحتمل ان يكون مراده الاهداب مجازا
كما ذكر محمد رحمه الله في الاصل للمجاورة كالراوية للقربة وهي حقيقة في البعير لانه يفوت
الجمال على الكمال وجنس المنفعة وهي منع القذى والاذى عن العين اذ هو يندفع بالهدب
واذا كان الواجب في الكل كل الدية وهي اربعة كان في احدها ربع الدية وفي ثلثة منها
ثلثة ارباعها ويحتمل ان يكون مراده منبت الشعر والحكم فيه هكذا ولو قطع الجفون باهدابها
ففيه دية واحدة لان الكل كشئ واحد فصار كالمارن مع القصبة قال وفي كل اصبع
من اصابع اليدين او الرجلين عشر الدية لقوله عم في كل اصبع عشر من الابل ولان في قطع
الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشر فتنقسم الدية عليها والاصابع كلها
سواء لاطلاق الحديث ولانها سواء في اصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيه كاليمين

مع الشمال وكذا اصابع الرجلين لانه يفوت بقطع كلها منفعة المشي فتجب الدية كاملة ثم
فيها عشر اصابع فتنقسم الدية عليها اعشارا قال وفي كل اصبع فيها ثلث مفاصل ففي احدها
ثلث دية الاصبع وما فيها مفصلان ففي احدهما نصف دية الاصبع وهو نظير انقسام دية اليد
على الاصابع وفي كل سن خمس من الابل لقوله عليه السلام في حديث ابي موسى وفي كل سن خمس
من الابل والاسنان والاضراس سواء لاطلاق ما روينا ولما روى في بعض الروايات
والاسنان كلها سواء ولان كلها في اصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاوت كالايدي والاصابع
وهذا اذا كان خطأ وان كان عمدا ففيه القصاص وقد مر في الجنايات قال ومن ضرب عضوا
فاذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد اذا شلت والعين اذا ذهب ضوؤها لان المتعلق تفويت
جنس المنفعة وكذا لا فوات الصورة قال ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه تجب الدية لتفويت
جنس المنفعة وكذا لو احدبه لانه يفوت الجمال على الكمال وهو استواء القامة ولو زالت الحدوبة
لا شئ عليه لزواله لا عن اثر فصل في الشجاج قال الشجاج عشرة الحارصة وهي التي تحرص الجلد اي
تخدشه ولا تخرج الدم والدامعة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع في العين والدامية
وهي التي تسيل الدم والباضعة وهي التي تبضع الجلد اي تقطعه والمتلاحمة وهي التي تاخذ في اللحم
والسمحاق وهي التي تصل الى السمحاق وهي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الراس والموضحة وهي
التي توضح العظم اي تبينه والهاشمة وهي التي تهشم العظم والمنقلة وهي التي تنقل العظم بعد الكسر اي
تحوله والآمة وهي التي تصل الى ام الراس وهو الذي فيه الدماغ قال وفي الموضحة القصاص ان كانت
عمدا لما روى انه عليه السلام قضى في الموضحة بالقصاص ولانه يمكن ان ينتهي السكين الى العظم فيتساويان
فيتحقق القصاص قال ولا قصاص في بقية الشجاج لانه لا يمكن اعتبار المساواة فيها لانه لا حد
ينتهي السكين اليه ولان فيما فوق الموضحة كسر العظم ولا قصاص فيه وهذه رواية عن ابي حنيفة
وقال محمد في الاصل وهو ظاهر الرواية انه يجب القصاص فيما قبل الموضحة لانه يمكن اعتبار
المساواة فيه اذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف هلاك غالب فيسبر غورها بمسبار ثم تتخذ حديدة
بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص قال وفيما دون الموضحة حكومة
عدل لانه ليس فيها ارش مقدر ولا يمكن اهداره فوجب اعتباره بحكم العدل وهو ماثور عن النخعي
وعن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنهم قال وفي الموضحة اذا كانت خطأ نصف عشر الدية وفي الهاشمة
عشر الدية ونصف عشر الدية وفي الآمة ثلث الدية وفي الجائفة ثلث الدية فان نفذت فهما جائفتان
وفي المنقلة عشر الدية صح

مع الشمال

ففيهما ثلث الدية لما روي في كتاب عمرو بن حزم ان النبي عليه السلام قال وفي الموضحة خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمس عشرة وفي الآمة ويروى المأمومة ثلث الدية وقال عليه السلام في الجائفة ثلث الدية فلهذا وعن ابي بكر الصديق رضي الله عنه انه حكم في جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثي الدية ولانها اذا نفذت نزلت منزلة جائفتين احديهما من جانب البطن والاخرى من جانب الظهر وفي كل جائفة ثلث الدية فلهذا وجبت في النافذة ثلثا الدية وعن محمد انه جعل المتلاحمة قبل الباضعة وهي التي يتلاحم فيها الدم ويسود وما ذكرناه بديا مروي عن ابي يوسف وهو اختلاف عبارة لا يعود الى معنى وحكم وبعد هذا شجة اخرى تسمى الدامغة وهي التي تصل الى الدماغ وانما لم يذكرها لانها تقع قتلا في الغالب لا جناية مقتصرة مفردة بحكم على حدة ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة وما كان في غير الوجه والرأس يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة في الصحيح حتى لو تحققت في غيرهما نحو الساق واليد لا يكون لها ارش مقدر وانما يجب حكومة عدل لان التقدير بالتوقيف وهو انما ورد فيما يختص بهما ولانها انما ورد الحكم فيهما لمعنى الشين الذي يلحقه بقاء اثر الجراحة والشين يختص بما يظهر منها في الغالب وهو العضوان هذان لا سواهما واما اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه وهو قول مالك حتى لو وجد فيهما ما فيه ارش مقدر لا يجب المقدر وهذا لان الوجه مشتق من المواجهة ولا مواجهة للناظر فيهما الا ان عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصل وقد يتحقق فيه معنى المواجهة ايضا وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس او جوف البطن وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوي رحمه الله ان يقوم مملوكا بدون هذا الاثر ويقوم وبه هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين فان كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية وان كان ربع عشر فربع عشر وقال الكرخي رحمه الله ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان ما لا نص فيه يرد الى المنصوص عليه

فصل وفي اصابع اليد نصف الدية لان في كل اصبع عشر الدية على ما روينا فكان في الخمس نصف الدية ولان في قطع الاصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على ما مر فان قطعها مع الكف ففيه ايضا نصف الدية لقوله عليه السلام وفي اليدين الدية وفي احديهما نصف الدية ولان الكف تبع للاصابع لان البطش بها فان قطعها مع نصف الساعد ففي الاصابع والكف نصف الدية وفي الزيادة حكومة عدل وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله وعنه ان ما زاد على اصابع اليد والرجل فهو تبع الى المنكب والى الفخذ لان الشرع اوجب في اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب فلا يزاد على تقدير الشرع

ولها

ولهما ان اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعا في حق التضمين ولانه لا وجه الى ان يكون تبعا للاصابع لان بينهما عضوا كاملا ولا الى ان يكون تبعا للكف لانه تابع ولا تبع للتبع قال وان قطع الكف من المفصل وفيها اصبع واحدة ففيه عشر الدية وان كانت اصبعان فالخمس ولا شيء في الكف وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ينظر الى ارش الكف والاصبع فيكون عليه الاكثر ويدخل القليل في الكثير لانه لا وجه الى الجمع بين الارشين لان الكل شيء واحد ولا الى اهدار احدهما لان كل واحد اصل من وجه فرجحنا بالكثرة وله ان الاصابع اصل والكف تابع حقيقة وشرعا لان البطش يقوم بها واوجب الشرع في اصبع واحدة عشرا من الابل والترجيح من حيث الذات والحكم اولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب قال ولو كان في الكف ثلثة اصابع يجب ارش الاصابع ولا شيء في الكف بالاجماع لان الاصابع اصول في التقوم وللاكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما اذا كانت الاصابع قائمة باسرها قال وفي الاصبع الزائدة حكومة عدل تشريفا للآدمي لانه جزء من يده ولكن لا منفعة فيه ولا زينة وكذلك السن الشاغية لما قلنا وفي عين الصبي وذكره ولسانه اذا لم تعلم صحته حكومة عدل وقال الشافعي رحمه الله تجب فيه الدية لان الغالب فيه الصحة فاشبه قطع المارن والاذن ولنا ان المقصود من هذه الاعضاء المنفعة فاذا لم تعلم صحتها لا يجب الارش الكامل بالشك والظاهر لا يصلح حجة للالزام بخلاف المارن والاذن لان المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال وكذلك لو استهل الصبي لانه ليس بكلام وانما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام وفي الذكر بالحركة وفي العين بما يستدل به على النظر فيكون بعد ذلك حكمه حكم البالغ في العمد والخطاء قال ومن شج رجلا فذهب عقله او شعر رأسه دخل ارش الموضحة في الدية لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما اذا اوضحه فمات وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت تسقط والدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء في الجملة كما اذا قطع اصبع يد رجل فشلت يده وقال زفر رحمه الله لا يدخل لان كل واحد جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات وجوابه ما ذكرنا قال وان ذهب سمعه او بصره او كلامه فعليه ارش الموضحة مع الدية قالوا هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعن ابي يوسف ان الشجة تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر وجه الاول ان كلا منهما جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فاشبه الاعضاء

المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء على ما بينا وجه الثاني وهو ان
ان السمع والبصر والكلام متبطن فيعتبر بالعقل والبصر ظاهر فلا يلحق به قال في الجامع الصغير
ومن شج رجلا موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص في ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله
وينبغي ان تجب الدية فيهما وقالا في الموضحة القصاص قالوا وينبغي ان تجب الدية في العينين
وان قطع اصبع رجل من المفصل الاعلى فشل ما بقي من الاصبع او اليد كلها فلا قصاص عليه
في شيء من ذلك وينبغي ان تجب الدية في المفصل الاعلى وفيما بقي حكومة عدل وكذلك لو كسر
سن رجل واسود ما بقي ولم يحك خلافا وينبغي ان تجب الدية في السن كله ولو قال اقطع
المفصل واترك ما يبس او اكسر القدر المكسور واترك الباقي لم يكن له ذلك لان الفعل
في نفسه ما وقع موجبا للقود فصار كما اذا شجه منقلة فقال اشجه موضحة واترك الزيادة
لهما في الخلافية ان الفعل في محلين فيكون جنايتين مبتدأتين فالشبهة في احدهما لا تتعدى
الى الاخرى كمن رمى الى رجل عمدا فاصابه ونفذ الى غيره فقتله يجب القود في الاول
وله ان الجراحة الاولى سارية والجزاء بالمثل وليس في وسعه الساري فيجب المال
ولان الفعل واحد حقيقة وهو الحركة القائمة وكذا المحل متحد من وجه لاتصال
احدهما بالاخر فاورثت نهايته شبهة الخطاء في البداية بخلاف النفسين
لان احدهما ليس من سراية صاحبه وبخلاف ما اذا وقع السكين على الاصبع
لانه ليس فعلا مقصودا وان قطع اصبعا فشلت الى جنبها اخرى فلا قصاص
في شيء من ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد وزفر والحسن رحمهم الله
يقتص من الاول وفي الثانية الارش والوجه من الجانبين قد ذكرناه
وروى ابن سماعة عن محمد في المسئلة الاولى وهو ما اذا شج موضحة فذهب
بصره انه يجب القصاص فيهما لان الحاصل بالسراية مباشرة كما في النفس والبصر
يجري فيه القصاص بخلاف الخلافية الاخيرة لان الشلل لا قصاص فيه فصار
الاصل عند محمد على هذه الرواية ان سراية ما يجب فيه القصاص الى ما يمكن فيه
القصاص يوجب القصاص كما لو آلت الى النفس وقد وقع الاول ظلما ووجه
المشهور ان ذهاب البصر بطريق التسبيب الا ترى ان الشجة بقيت موجبة في نفسها
ولا قود في التسبيب بخلاف السراية الى النفس لانه لا تبقى الثانية مباشرة قال

ولو كسر

ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص الا على رواية ابن سماعة قال ولو اوضحه موضحتين
فتأكلتا فهو على الروايتين ايضا ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها اخرى سقط الارش في قول
ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه الارش كاملا لان الجناية قد تحققت والحادث نعمة مبتدأة
من الله تعالى وله ان الجناية انعدمت معنى فصار كما اذا قلع سن صبي فنبتت لا يجب الارش
بالاجماع لانه لم يفت عليه منفعة ولا زينة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجب حكومة عدل لمكان
الالم الحاصل قال ولو قلع سن غيره فردها صاحبها في مكانها ونبت عليها اللحم فعلى القالع
الارش بكماله لان هذا مما لا يعتد به اذ العروق لا تعود وكذا اذا قطع اذنه فالصقها فالتحمت
لانها لا تعود الى ما كانت عليه قال ومن نزع سن رجل فانتزع المنزوعة سنه سن النازع فنبتت
سن الاول فعلى الاول لصاحبه خمسمائة درهم لانه تبين انه استوفى بغير حق لان الموجب فساد
المنبت ولم يفسد حيث نبتت مكانها اخرى فانعدمت الجناية ولهذا يستأنى حولا بالاجماع
وكان ينبغي ان ينتظر الياس في ذلك للقصاص الا ان في اعتباره تضييع الحقوق فاكتفينا
بالحول لانه تنبت فيه ظاهرا فاذا مضى الحول ولم تنبت قضينا بالقصاص واذا نبتت تبين انا
اخطأنا فيه والاستيفاء كان بغير حق الا انه لا يجب القصاص للشبهة فيجب المال قال ولو ضرب
انسانا سنه فتحركت يستأنى حولا ليظهر اثر فعله فلو اجله القاضي سنة ثم جاء المضروب وقد سقطت
سنه فاختلفا قبل السنة فيمن سقط بضربه فالقول للمضروب ليكون التأجيل مفيدا وهذا بخلاف
ما اذا شجه موضحة فجاء وقد صارت منقلة فاختلفا حيث يكون القول قول الضارب لان الموضحة
لا تورث المنقلة اما التحريك يؤثر في السقوط فافترقا وان اختلفا في ذلك بعد السنة فالقول للضارب
لانه ينكر اثر فعله وقد مضى الاجل الذي وقته القاضي لظهور الاثر فكان القول للمنكر ولو لم تسقط
لا شيء على الضارب وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجب حكومة عدل في الالم وستأتي الوجهان بعد هذا
ان شاء الله تعالى ولو لم تسقط ولكنها اسودت يجب الارش في الخطاء على العاقلة وفي العمد في ماله ولا يجب
القصاص لانه لا يمكنه ان يضربه ضربا تسود منه وكذا اذا كسر بعضه واسود بعضه الباقي لا يمكن القصاص
لما بينا وكذا لو احمر او اخضر ولو اصفر فيه روايتان قال ومن شج رجلا فالتحمت ولم يبق لها
اثر ونبت الشعر سقط الارش عند ابي حنيفة رحمه الله لزوال الشين الموجب وقال ابو يوسف رحمه الله
يجب ارش الالم وهو حكومة عدل لان الشين ان زال فالالم الحاصل ما زال فيجب تقويمه وقال محمد
يجب اجرة الطبيب لانه انما لزمه اجرة الطبيب وثمن الدواء بفعله فصار كانه اخذ ذلك من ماله

يقول ان المنافع على اصلنا لا تتقوم الا بالعقد او بشبهة فلم يوجد في حق الجاني فلا يغرم شيئا
قال ومن ضرب رجلا مائة سوط فجرحه فبرأ منها فعليه ارش معناه اذا بقي اثر الضرب فاما اذا
لم يبق اثره فهو على الاختلاف الذي مر في الشجة الملتحمة قال ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله قبل البرء
فعليه الدية وسقط ارش اليد لان الجناية من جنس واحد والموجب واحد وهو الدية وانها بدل
النفس بجميع اجزائها فيدخل الطرف في النفس كأنه قتله ابتداء قال ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص
منه حتى يبرأ وقال الشافعي يقتص منه في الحال اعتبارا بالقصاص في النفس وهذا لان الموجب قد تحقق
فلا يعطل ولنا قوله عليه السلام يستأنى في الجراحات سنة ولان الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حالها
لان حكمها في الحال غير معلوم فلعلها تسري الى النفس فيظهر انه قتل وانما يستقر الامر بالبرء قال وكل عمد
سقط القصاص فيه بشبهة فالدية في مال القاتل وكل ارش وجب بالصلح فهو في مال القاتل
لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا الحديث وهذا عمد غير ان الاول يجب في ثلث سنين لانه مال وجب بالقتل
ابتداء فاشبه شبه العمد والثاني يجب حالا لانه مال وجب بالعقد فاشبه الثمن في البيع قال واذا
قتل الاب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلث سنين وقال الشافعي رحمه الله يجب حالة لان الاصل
ان ما يجب حالا والتأجيل فيه للتخفيف في الخاطئ وهذا عامد فلا يستحقه ولان المال وجب جبرا لحقه
في نفسه حالا فلا ينجبر بالمؤجل ولنا انه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطأ وشبه العمد
وهذا لان القياس يأبى تقوم الآدمي بالمال لعدم التماثل والتقويم ثبت بالشرع وقد ورد به مؤجلا
لا معجلا فلا يعدل عنه لا سيما الى زيادة ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرا لا يجوز وصفا وكل جناية اعترف
بها الجاني فهي في ماله ولا يصدق على عاقلته لما روينا ولان الاقرار لا يتعدى المقر لقصور ولايته
على غيره فلا يظهر في حق العاقلة قال وعمد الصبي والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة وكذا كل جناية
موجبها خمسمائة فصاعدا والمعتوه كالمجنون وقال الشافعي رحمه الله عمده عمد حتى تجب الدية في ماله
لانه عمد حقيقة اذ العمد هو القصد غير انه تخلف عنه احد حكميه وهو القصاص فيجب عليه حكمه الآخر
وهو الوجوب في ماله ولهذا تجب الكفارة به ويحرم عن الميراث على اصله لانهما يتعلقان
بالقتل ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه جعل عقل المجنون على عاقلته وقال عمده وخطاؤه
سواء ولان الصبي مظنة المرحمة والعاقل الخاطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على
العاقلة فالصبي وهو اعذر اولى بهذا التخفيف العمدية لانها تترتب على العلم والعلم بالعقل
والمجنون عديم العقل والصبي قاصر العقل فانى يتحقق منهما القصد وصار كالنائم وحرمان

الميراث

الميراث عقوبة وهما ليسا من اهل العقوبة والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب تستره لانهما مرفوعا القلم

فصل في الجنين واذا ضرب بطن امرأة فالقت جنينا ميتا ففيه الغرة والغرة نصف عشر الدية معناه
دية الرجل وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم والقياس ان لا يجب شيء
لانه لم يتيقن بحياته والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وجه الاستحسان ما روي ان النبي عليه السلام قال
في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة ويروى او خمسمائة فتركنا القياس بالاثر وهو حجة على من قدرها
بستمائة نحو مالك والشافعي وهي على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة درهم وقال مالك في ماله
لانه بدل الجزء ولنا انه عليه السلام قضى بالغرة على العاقلة ولانه بدل النفس ولهذا سماه عليه السلام دية
حيث قالوا أندي من لا صاح ولا استهل الحديث الا ان العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة
وتجب في سنة وقال الشافعي في ثلث سنين لانه بدل النفس ولهذا يكون موروثا بين ورثته
ولنا ما روي عن محمد بن الحسن رضي الله عنه انه قال بلغنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل على العاقلة
في سنة ولانه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال
بالام فعملنا بالشبهين الاول في حق التوريث وبالثاني في حق التأجيل الى سنة لان بدل العضو
اذا كان ثلث الدية او اقل او اكثر من نصف العشر يجب في سنة بخلاف اجزاء الدية لان كل جزء
منها على من يجب في ثلث سنين ويستوي فيه الذكر والانثى لاطلاق ما روينا ولان في الحي
انما ظهر التفاوت لتفاوت معاني الآدمية ولا تفاوت في الجنينين فيقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة
قال فان القته حيا ثم مات ففيه الدية الكاملة لانه اتلف حيا بالضرب السابق وان القته
ميتا ثم ماتت الام فعليه الدية بقتل الام وغرة بالقائها وقد صح ان النبي عليه السلام قضى في هذا
بالدية والغرة فان ماتت الام من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه دية
في الام ودية في الجنين لانه قاتل شخصين وان ماتت ثم القته ميتا فعليه دية ولا شيء
في الجنين وقال الشافعي عليه الغرة في الجنين لان الظاهر موته بالضرب فصار كما اذا القته
ميتا وهي حية ولنا ان موت الام احد سببي موته لانه يختنق بموتها اذ تنفسه بتنفسها
فلا يجب الضمان بالشك وما يجب في الجنين موروث عنه لانه بدل نفسه فيرثه ورثته ولا يرثه
الضارب حتى لو ضرب بطن امرأته فالقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث منها
لانه قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراث للقاتل قال وفي جنين الامة اذا كان ذكرا
نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان انثى وقال الشافعي فيه عشر قيمة الام لانه جزء

من وجه وضمان الاجزاء يؤخذ مقدارها من الاصل ولنا انه بدل النفس لان ضمان الطرف لا يجب
الا عند ظهور النقصان في الاصل ولا معتبر به في ضمان الجنين وكان بدل النفس فيتقدر بها وقال
ابو يوسف رحمه الله يجب ضمان النقصان لو انتقصت الام اعتبارا بجنين البهائم وهذا لان الضمان
في قتل الرقيق ضمان مال عنده على ما نذكر فيصح الاعتبار على اصله قال فان ضربت فاعتق المولى ما في بطنها
ثم القته حيا ثم مات ففيه قيمته حيا ولا يجب الدية وان مات بعد العتق لانه قتله بالضرب السابق
وقد كان في حالة الرق ولهذا يجب القيمة دون الدية ويجب قيمته حيا لانه بالضرب صار قاتلا
اياه وهو حي فنظرنا الى حالتي الضرب السبب والتلف وقيل هذا عندهما وعند محمد رحمه الله يجب
قيمته ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب لان الاعتاق قاطع للسراية على ما يأتيك من بعد
ان شاء الله تعالى ولا كفارة في الجنين وعند الشافعي رحمه الله يجب لانه نفس من وجه فيجب الكفارة
احتياطا ولنا ان الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت في النفوس المطلقة فلا يتعدى اليها ولهذا
لم يجب كل البدل قالوا الا ان يشاء ذلك لانه ارتكب محظورا فاذا تقرب الى الله تعالى كان افضل
له ويستغفر الله مما صنع قال والجنين الذي قد استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام
في جميع هذه الاحكام لاطلاق ما رويناه ولانه ولد في حق امومية الولد وانقضاء العدة
والنفاس وغير ذلك فكذا في حق هذا الحكم ولان بهذا القدر يتميز من العلقة والدم فيكون
نفسا باب ما يحدثه الرجل في الطريق ومن اخرج الى الطريق الاعظم كنيفا او ميزابا
او جرصنا او بنى دكانا فلرجل من عرض الناس ان ينزعه لان كل واحد صاحب حق
بالمرور بنفسه وبدوابه وكان له حق النقض كما في الملك المشترك فان لكل واحد
حق النقض لو احدث غيرهم فيه شيئا فكذا في حق المشترك ويسع للذي عمله ان ينتفع به
ما لم يضر بالمسلمين لان له حق المرور ولا ضرر فيه فيلحق بما في معناه اذ المانع متعنت
واذا اضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام وليس لاحد
من اهل الدرب الذي ليس بنافذ ان يشرع كنيفا ولا ميزابا الا باذنهم لانها مملوكة
لهم ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز التصرف اضر بهم او لم يضر الا باذنهم
وفي الطريق النافذ له التصرف الا اذا اضر لانه يتعذر الوصول الى اذن الكل
فجعل في حق كل واحد كانه هو المالك وحده حكما كيلا يتعطل عليه طريق الانتفاع ولا كذلك غير
النافذ لان الوصول الى ارضائهم ممكن فبقي على الشركة حقيقة وحكما قال واذا اشرع في الطريق

روشنا

روشنا او ميزابا او نحوه فسقط على انسان فعطب فالدية على عاقلته لانه مسبب متعد
بشغله هواء الطريق وهذا من اسباب الضمان وهو الاصل وكذلك اذا سقط شيء
في اول الباب وكذلك اذا تعثر بنقضه انسان او عطبت به دابة وان عثر بذلك رجل
فوقع على آخر فالضمان على الذي احدثه فيهما لانه يصير كالدافع اياه عليه وان سقط
الميزاب نظر فان اصاب ما كان منه في الحائط رجلا فقتله لا ضمان عليه لانه غير متعد
فيه لانه وضعه في ملكه وان اصابه ما كان خارجا من الحائط فالضمان على الذي
وضعه لكونه متعديا فيه ولا ضرورة لانه يمكنه ان يركبه في الحائط ولا كفارة عليه
ولا يحرم عن الميراث لانه ليس بقاتل حقيقة ولو اصابه الطرفان جميعا وعلم ذلك وجب النصف
وهدر النصف كما اذا جرحه سبع وانسان ولو لم يعلم اي طرف اصابه يضمن النصف
اعتبارا للاحوال قال ولو اشرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار فاصاب الجناح رجلا
فقتله او وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبرئ اليه منها فعطب بها انسان فالضمان
على البائع لان فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب قال ولو وضع
في الطريق جمرا فاحرق شيئا يضمنه لانه متعد فيه ولو حركته الريح الى موضع آخر ثم احرق
شيئا لا يضمنه لنسخ الريح فعله وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه لانه فعله مع علمه بعاقبته
وقد افضى اليها فجعل كمباشرته ولو استأجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح او الظلة
فوقع فقتل انسانا قبل ان يفرغوا من العمل فالضمان عليهم لان التلف بفعلهم وما لم
يفرغوا لم يكن العمل مسلما الى رب الدار وهذا لانه انقلب فعلهم قتلا حتى وجب عليهم الكفارة
والقتل غير داخل في عقده فلم يتسلم فعلهم اليه فاقتصر عليهم وان سقط بعد فراغهم
فالضمان على رب الدار استحسانا لانه صح الاستئجار حتى استحق الاجر ووقع
فعلهم عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه فكانه فعل بنفسه فلهذا يضمنه وكذا
اذا صب الماء في الطريق فعطب به انسان او دابة وكذا اذا رش الماء او توضأ لانه
متعد فيه بالحاق الضرر بالمارة بخلاف ما اذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من اهلها
او قعد او وضع متاعه لان لكل واحد ان يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات
السكنى كما في الدار المشتركة قالوا هذا اذا رش ماء كثيرا بحيث يزلق به عادة اما اذا
رش ماء قليلا كما هو المعتاد والظاهر انه لا يزلق به لا يضمن ولو تعمد المرور في موضع صب الماء

فسقط لا يضمن الراش لانه صاحب علة وقيل هذا اذا رش بعض الطريق لانه يجد
موضعا للمرور ولا اثر للماء فيه فاذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع علمه بذلك
لم يكن على الراش شيء وان رش جميع الطريق يضمن لانه مضطر في المرور وكذلك الحكم
الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق في اخذها جميعه او بعضه ولو رش فناء حانوت
باذن صاحبه فضمان ما عطب على الآمر استحسانا واذا استاجر اجيرا ليبني له في فناء
حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الآمر استحسانا ولو كان امره
بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الاجير لفساد الامر ومن حفر بئرا في طريق المسلمين او وضع
حجرا فتلف بذلك انسان فديته على عاقلته وان تلفت بهيمة فضمانها في ماله لانه متعد
فيه فيضمن ما يتولد منه غير ان العاقلة تتحمل النفس دون المال وكان ضمان البهيمة في ماله
والقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة القاء الحجر والخشبة لما ذكرنا بخلاف ما اذا كنس
الطريق فعطب بموضع كنسه انسان حيث لم يضمن لانه ليس بمتعد فانه ما احدث شيئا
فيه انما قصد دفع الاذى عن الطريق حتى لو جمع الكناسة في الطريق وتعقل به انسان
كان ضامنا لتعديه بشغله ولو وضع حجرا فنحاه غيره عن موضعه فعطب به انسان
فالضمان على الذي نحاه لان حكم فعله قد انتسخ لفراغ ما شغله وانما اشتغل بالفعل
الثاني موضع آخر وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق فان امره
السلطان بذلك او اجبره عليه لم يضمن لانه غير متعد حيث فعل ما فعل بامر من له الولاية
في حقوق العامة وان كان بغير امره فهو متعد اما بالتصرف في حق غيره او بالافتيات
على راي الامام او هو مباح مقيد بشرط السلامة وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق
العامة مما ذكرناه وغيره لان المعنى لا يختلف وكذلك لو حفر في ملكه لم يضمن لانه غير
متعد وكذا اذا حفر في فناء داره لان له ذلك لمصلحة داره والفناء في تصرفه
وقيل هذا اذا كان الفناء مملوكا له او كان له حق الحفر فيه لانه غير متعد اما اذا كان لجماعة المسلمين
او مشتركا بان كانت في سكة غير نافذة فانه يضمنه لانه مسبب متعد وهذا صحيح ولو حفر في الطريق
ومات الواقع فيه جوعا او غما لا ضمان على الحافر عند ابي حنيفة لانه مات لمعنى في نفسه والضمان
انما يجب اذا مات من الوقوع وقال ابو يوسف ان مات جوعا فكذلك وان كان غما
فالحافر ضامن له لانه لا سبب للغم سوى الوقوع اما الجوع لا يختص بالبئر وقال محمد هو

ضامن

ضامن في الوجوه كلها لانه انما حدث بسبب الوقوع لولاه لكان الطعام قريبا منه قال
وان استاجر اجراء فحفروا له في غير فنائه فذلك على المستاجر ولا شيء على الاجراء ان
لم يعلموا انها في غير فنائه لان الاجارة صحيحة ظاهرا اذ لم يعلموا فنقل فعلهم اليه لانهم كانوا مغرورين
وصار كما اذا امر آخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر ان الشاة لغيره الا ان هناك يضمن المامور و
ويرجع على الآمر لان الذابح مباشر والآمر مسبب والترجيح للمباشرة فيضمن ويرجع للغرور
وهنا يجب الضمان على المستاجر ابتداء لان كل واحد منهما مسبب والاجير غير متعد والمستاجر
متعد فترجح جانبه وان علموا بذلك فالضمان على الاجراء لانه لم يصح امره بما ليس وان علموا
بالضمان فالضمان على الاجراء لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقي الفعل مضافا
اليهم وان قال لهم هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر فحفروا ومات فيه انسان فالضمان
على الاجراء قياسا لانهم علموا الفساد والآمر فما غرهم وفي الاستحسان الضمان على الآمر
كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده في التصرف فيه من القاء الطين والحطب وربط الدابة
والركوب فيها وبناء الدكان فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا فكفى ذلك
لنقل الفعل اليه قال ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام فتعمد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان
على الذي قنطرة وكذلك ان وضع خشبة في الطريق فتعمد رجل المرور عليها لان الاول
تعدى وهو تسبيب والثاني تعدى وهو مباشر وكانت الاضافة الى المباشر اولى
ولان تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة كما في الحافر مع الملقي قال ومن حمل شيئا في الطريق
فسقط على انسان فعطب به فهو ضامن وكذا اذا سقط فتعثر به انسان وان كان رداء
قد لبسه فسقط فعطب به انسان لم يضمن وهذا اللفظ يشمل الوجهين والفرق ان حامل الشيء
قاصد حفظه فلا حرج في التقييد بوصف السلامة واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيحرج
بالتقييد بما ذكرناه فجعلناه مباحا مطلقا وعن محمد انه اذا لبس ما لا يلبسه عادة فهو
كالحامل لان الحاجة لا تدعو الى لبسه قال واذا كان المسجد للعشيرة فعلق رجل منهم فيه قنديلا
او جعل فيه بواري او حصاة فعطب به رجل لم يضمن وان كان الذي فعل ذلك من غير
العشيرة ضمن قالوا هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن في الوجهين لان هذه من القرب
وكل ذلك مأذون في اقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة كما اذا فعله باذن واحد من اهل المحلة
ولابي حنيفة وهو الفرق ان التدبير فيما يتعلق بالمسجد لاهله دون غيرهم كنصب الامام

واختيار المتولي وفتح بابه واغلاقه وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير اهله فكان فعلهم مباحا
مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم تعديا او مباحا مقيدا بشرط السلامة وقصد القربة
لا ينافي الغرامة اذا اخطأ والطريق كما اذا تفرد بالشهادة على الزنا والطريق فيما نحن فيه
الاستيذان من اهله وان جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن ان كان في الصلوة
وان كان في غير الصلوة يضمن وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن بكل حال ولو كان جالسا
لقراءة القرآن او للتعليم او للصلوة او نام فيه في اثناء الصلوة او نام في غير الصلوة
او مر فيه مارا او قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف واما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف
وقيل لا يضمن بالاتفاق لهما ان المسجد انما بني للصلوة والذكر ولا يمكنه اداء الصلوة
بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس مباحا لانه من ضرورات الصلوة او لان المنتظر
للصلوة في الصلوة حكما بالحديث فلا يضمن كما اذا كان في الصلوة وله ان المسجد بني
للصلوة وهذه ملحقة بالصلوة فلا بد من اظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للاصل مباحا
مطلقا والجلوس لما يلحق به مباحا مقيدا بالسلامة ولا غرو ان يكون الفعل مباحا او مندوبا اليه
وهو مقيد بشرط السلامة كالرمي الى الكافر والى الصيد والمشي في الطريق والمشي في المسجد اذا وطئ
غيره والنوم فيه اذا انقلب على غيره وان جلس رجل من غير العشيرة فيه في الصلوة فتعقل
ينبغي ان لا يضمن لان المسجد بني للصلوة وامر الصلوة بالجماعة وان كان مفوضا
الى اهل المسجد فلكل واحد من المسلمين ان يصلي وحده فصل في الحائط المائل واذا مال
الحائط الى طريق المسلمين فطولب صاحبه بنقضه واشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر
على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس او مال والقياس ان لا يضمن لانه لا صنع منه مباشرة
ولا مباشرة شرط هو متعد فيه لان اصل البناء كان في ملكه والميلان وشغل الهواء
ليس من فعله فصار كما قبل الاشهاد وجه الاستحسان ان الحائط لما مال الى الطريق فقد اشتغل
هواء المسلمين بملكه ورفعه في يده فاذا تقدم اليه وطولب بتفريغه يجب عليه فاذا امتنع
صار متعديا بمنزلة ما لو وقع ثوب انسان في حجره يصير متعديا بالامتناع عن التسليم
اذا طولب به حتى يضمن اذا هلك في يده كذا هذا بخلاف ما قبل الاشهاد لانه بمنزلة هلاك
الثوب قبل الطلب ولانا لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ فينقطع المارة حذرا
على انفسهم فيتضررون به ودفع الضرر العام من الواجب وله تعلق بالحائط فيتعين لدفع

لدفع هذا الضرر

لدفع هذا الضرر وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه ثم فيما تلف به من النفوس تجب الدية وتتحملها
العاقلة لانه في كونه جناية دون الخطأ فيستحق فيه التخفيف بالطريق الاولى كيلا يؤدي
الى الاستيصال والاجحاف به وما تلف به من الاموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله
لان العواقل لا تعقل الاموال ويشترط التقدم اليه وطلب النقض منه دون الاشهاد
وانما ذكر الاشهاد ليتمكن من اثباته عند انكاره فكان من باب الاحتياط قال
وصورة الاشهاد ان يقول الرجل اشهدوا اني قد تقدمت الى هذا الرجل في هدم
حائطه هذا ولا يصح الاشهاد قبل ان يهي الحائط لانعدام التعدي ولو بنى الحائط
مائلا في الابتداء قالوا يضمن ما تلف بسقوطه من غير اشهاد لان البناء تعدي ابتداء
كما في اشراع الجناح قال وتقبل شهادة رجل وامرأتين على التقدم لان هذه ليست بشهادة
على القتل وشرط الترك في مدة يقدر على نقضه فيها لانه لا بد من امكان النقض ليصير بتركه جانيا
ويستوي ان يطالبه بنقضه مسلم او ذمي لان الناس كلهم شركاء في المرور فيصح التقدم اليه من كل
واحد منهم رجلا كان او امرأة حرا كان او مكاتبا ويصح التقدم اليه عند السلطان وغيره
لانه مطالبة بالتفريغ فيتفرد كل صاحب حق به وان مال الى دار رجل فالمطالبة الى مالك
الدار خاصة لان الحق له على الخصوص وان كان فيها سكان لهم ان يطالبوه لان لهم المطالبة
بازالة ما شغل الدار فكذا بازالة ما شغل هواءها ولو اجله صاحب الدار او ابرأه منها او
فعل ذلك ساكنوها فذلك جائز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط لان الحق لهم بخلاف ما اذا مال
الى الطريق فاجله القاضي او من اشهد عليه حيث لا يصح لان الحق لجماعة المسلمين وليس اليهما
ابطال حقهم ولو باع الدار بعد ما اشهد عليه وقبضها المشتري برئ من ضمانه لان الجناية بترك الهدم
مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف اشراع الجناح لانه كان جانيا بالوضع ولم ينفسخ بالبيع
فلا يبرأ على ما ذكرنا ولا ضمان على المشتري لانه لم يشهد عليه ولو اشهد عليه بعد شرائه
فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه بعد ما طولب به والاصل انه يصح التقدم الى كل من يتمكن
من نقض الحائط وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم اليه كالمستأجر والمرتهن والمودع
وساكن الدار ويصح التقدم الى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك والى الوصي
والى اب اليتيم او امه في حائط الصبي لقيام الولاية وذكر الام في الزيادات والضمان في مال
اليتيم لان فعل هؤلاء كفعله والى المكاتب لان الولاية له والى العبد التاجر سواء كان

في سبيل التفريغ ايضا قال الكرخي في مختصره وان كانت الدار بين ورثة فاشهد على بعضهم ولم يشهد على جماعتهم فسقط الحائط
كان على الذي اشهد عليه في القياس قال محمد ولكن نستحسن فنلزمه بقسط ما ملك منه وكذا الحائط يكون بين شركاء وليسوا ورثة الى هنا لفظ الكرخي
يجب الضمان على احد منهم في القياس لان الذي اشهد عليه لا يتمكن من النقض وحده ولم يكن متعديا بترك النقض وغيره لم يشهد عليه فلم يكن
منهم مفرطا بترك النقض فلم يجب الضمان وفي الاستحسان يجب الضمان على الذي اشهد عليه بحصته في نصيبه لانه كان له سبيل من التفريغ بمباشرة
طريقه وهو المرافعة الى القاضي بمطالبته شركائه وحيث لم يفعل ذلك صار مفرطا فوجب الضمان بقسطه قال الطحاوي في مختصره
واما ابو يوسف رح ومحمد رح فكانا يجعلان عليه من الدية نصفها وذلك لان انصباء الاخرين كنصيب واحد لانه لم يجب
الضمان فيه فهو مثل ان يجرح رجل ويعقره سبع وينهشه حية فمات من جميع ذلك فعلى الجارح النصف لان عقر السبع ونهش
الحية لما لم يتعلق بهما ضمان صارا كالشيء الواحد فكذلك انصباء الآخرين

عليه دين او لم يكن لان ولاية النقض له ثم التالف بالسقوط ان كان مالا فهو في عنق العبد
وان كان نفسا فهو على عاقلة المولى لان الاشهاد من وجه على المولى وضمان المال اليق
وضمان النفس بالمولى ويصح التقدم الى احد الورثة في نصيبه وان كان لا يتمكن من نقض الحائط
وحده لتمكنه من اصلاح حصته بطريقه وهو المرافعة الى القاضي ولو سقط الحائط المائل على انسان
بعد الاشهاد فقتله فتعثر بالقتيل غيره فعطب لا يضمنه لان التفريغ عنه الى الاولياء لا اليه
وان عطب بالنقض ضمنه لان التفريغ اليه اذ النقض ملكه والاشهاد على الحائط اشهاد
على النقض لان المقصود امتناع الشغل ولو عطب بجرة كانت على الحائط فسقطت
بسقوطه وهي ملكه ضمنه لان التفريغ اليه وان كانت ملك غيره لا يضمنه لان التفريغ الى مالكها
واذا كان الحائط بين خمسة رجال اشهد على احدهم فقتل انسانا ضمن خمس الدية ويكون ذلك على
عاقلته وان كان دار بين ثلثة نفر فحفر احدهم فيها بئرا والحفر كان بغير رضا الشريكين الآخرين
او بنى حائطا بغير اذن صاحبه فعطب به انسان فعليه ثلثا الدية على عاقلته وهذا عند
ابي حنيفة رح وقالا عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين جميعا لهما ان التلف بنصيب من اشهد
عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما في عقر الاسد
ونهش الحية وجرح الرجل وله ان الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر والعمق
المقدر لان اصل ذلك ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فيجتمع العلل واذا كان
كذلك يضاف الى العلة الواحدة ثم يقسم على اربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات
فان كل جراحة علة التلف بنفسها صغرت او كبرت على ما عرف الا ان عند المزاحمة
اضيف الى الكل لعدم الاولوية

باب جناية البهيمة والجناية عليها

الراكب ضامن لما
او طئت الدابة ما اصابت بيدها او رجلها او رأسها او كدمت او خبطت
وكذا اذا صدمت ولا يضمن ما نفحت برجلها او ذنبها والاصل ان المرور في طريق المسلمين
مباح مقيد بشرط السلامة لانه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس
فقلنا بالاباحة مقيدا بما ذكرنا ليعتدل النظر من الجانبين ثم انما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز
عنه ولا يتقيد بها فيما لا يمكن التحرز عنه لما فيه من المنع عن التصرف وسد بابه وهو مفتوح والاحتراز
عن الايطاء وما يضاهيه ممكن فانه ليس من ضرورات التسيير فقيدناه بشرط السلامة عنه
والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد به فان اوقفها

في الطريق

قال صاحب الهداية والمراد النفحة اي المراد من قوله دون رجلها النفحة بالرجل لان القائد لا يضمن وطي
الرجل هكذا السائق لا يضمن النفحة بالرجل اي هو لفظ السائق امرنا قال القدوري يضمنها السائق ولا يضمنها القائد
والفرق ان النفحة بالرجل بمرأى من السائق فامكنه الاحتراز عنها ولكنه لم يحترز فوجب عليه الضمان لانه قرب الدابة الى الجناية
مع امكان الاحتراز بخلاف القائد فانها ليست بمرأى عينه فلم يجب عليه الضمان في النفحة بخلاف الوطي بالرجل والاصابة
باليد حيث يجب الضمان في ذلك عليهما لامكان الاحتراز عن ذلك منهما هكذا ذكر القدوري
في النفحة في مختصره على السائق والقائد ولكن ظاهر الرواية بخلاف ذلك

في الطريق ضمن النفحة ايضا لانه يمكنه التحرز عن الايقاف وان لم يمكنه عن النفحة فصار متعديا
في الايقاف وشغل الطريق به فيضمنه قال وان اصابت بيدها او رجلها حصاة او نواة
او اثارت غبارا او حجرا صغيرا ففقأ عين انسان او افسد ثوبه لم يضمن وان كان حجرا
كبيرا ضمن لانه في الوجه الاول لا يمكن التحرز عنه اذ سير الدواب لا يعرى عنه وفي الثاني
ممكن لانه ينفك عن السير عادة وانما ذلك بتعنيف الراكب والمرتدف فيما ذكرنا كالراكب لان
المعنى لا يختلف فان راثت او بالت في الطريق وهي تسير فعطب به انسان لم يضمن لانه من ضرورات السير
فلا يمكنه التحرز عنه وكذا اذا اوقفها لذلك لان من الدواب ما لا يفعل ذلك الا بالايقاف وان
اوقفها لغير ذلك فعطب انسان بروثها او بولها ضمن لانه متعد في هذا الايقاف لانه ليس من ضرورات
السير ثم هو اكثر ضررا بالمارة من السير لما انه ادوم منه فلا يلحق به والسائق ضامن لما اصابت
بيدها او رجلها والقائد ضامن لما اصابت بيدها دون رجلها والمراد النفحة هكذا ذكره القدوري في مختصره واليه
مال بعض المشايخ ووجهه ان النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد
فلا يمكنه التحرز عنه وقال اكثر المشايخ ان السائق لا يضمن النفحة ايضا وان كان يراها اذ ليس على
رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه بخلاف الكدم لامكانه كبحها بلجامها وبهذا ينطق اكثر النسخ
وهو الاصح وقال الشافعي رح يضمنون النفحة كلهم لان فعلها مضاف اليهم والحجة عليه ما ذكرناه
وقوله عليه السلام الرجل جبار معناه النفحة بالرجل وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره
وهذا تخويف بالضرب وفي الجامع الصغير وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد
لانهما مسببان بمباشرتهما شرط التلف وهو تقريب الدابة الى مكان الجناية فيتقيد
بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب الا ان على الراكب الكفارة فيما
اوطئته الدابة بيدها او برجلها ولا كفارة عليهما ولا على الراكب فيما وراء الايطاء
لان الراكب مباشر فيه لان التلف بثقله وثقل الدابة تبع له لان سير الدابة مضاف
اليه وهي آلة له وهما مسببان لانه لا يتصل منهما الى المحل شيء وكذا الراكب في غير الايطاء
والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبيب وكذا يتعلق بالايطاء في حق الراكب حرمان
الميراث والوصية دون السائق والقائد لانه يختص بالمباشرة ولو كان راكب وسائق
قيل لا يضمن السائق ما اوطئت الدابة لان الراكب مباشر فيه لما ذكرنا والسائق مسبب
والاضافة الى المباشر اولى وقيل الضمان عليهما لان كل ذلك سبب الضمان قال

واذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر وقال زفر والشافعي
رحمهما الله تعالى يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر ويروى ذلك عن علي رضي الله عنه
ولان كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه لانه بصدمته آلم نفسه وصاحبه فيهدر نصفه
ويعتبر نصفه كما اذا كان الاصطدام عمدا او جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة او حفرا
على قارعة الطريق بئرا فانهار عليهما يجب على كل واحد منهما النصف فكذا هذا ولنا ان
الموت مضاف الى فعل صاحبه لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق فلا يصلح مستندا
للاضافة في حق الضمان كالماشي اذا لم يعلم بالبئر ووقع فيها لا يهدر شيء من دمه وفعل صاحبه
وان كان مباحا لكن الفعل المباح في غيره سبب الضمان كالنائم اذا انقلب على غيره وروي
عن علي رضي الله عنه انه اوجب على كل واحد منهما كل الدية فتعارضت روايتاه فرجحنا بما
ذكرنا وفيما ذكر من المسائل الفعلان محظوران فوضح الفرق هذا الذي ذكرنا اذا كانا حرين
في العمد والخطاء ولو كانا عبدين يهدر الدم في الخطاء لان الجناية تعلقت برقبته دفعا وفداء
وقد فاتت لا الى خلف من غير فعل المولى فيهدر ضرورة وكذا في العمد لان كل واحد منهما
هلك بعد ما جنى ولم يخلف بدلا ولو كان احدهما حرا والآخر عبدا ففي الخطاء يجب على عاقلة
الحر المقتول قيمة العبد فيأخذها ورثة المقتول الحر ويبطل حق الحر المقتول في الدية
فيما زاد على القيمة لان على اصل ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى يجب القيمة على العاقلة لانه
ضمان الآدمي فقد اخلف بدلا بهذا القدر فيأخذه ورثة الحر المقتول وتبطل ما زاد عليه
لعدم الخلف وفي العمد يجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لان المضمون هو النصف
في العمد وهذا القدر يأخذه ولي المقتول وما على العبد في رقبته وهو نصف دية الحر
يسقط بموته الا قدر ما اخلف من البدل وهو نصف القيمة قال ومن ساق دابة
فوقع السرج على رجل فقتله ضمن وكذا على هذا سائر ادواته كاللجام ونحوه وكذا
ما يحمل عليها لانه متعد في هذا التسبيب لان الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد
والاحكام فيه بخلاف الرداء لانه لا يشد في العادة ولانه قاصد لحفظ هذه الاشياء
كالمحمول على عاتقه دون اللباس على ما مر من قبل فيتقيد بشرط السلامة ومن قاد
قطارا فهو ضامن لما اوطأ فان وطئ بعير انسانا ضمن به الدية على العاقلة لان
القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد امكنه ذلك وقد صار متعديا بالتقصير فيه

والتسبيب

والتسبيب بوصف التعدي سبب الضمان الا ان ضمان النفس على العاقلة فيه وضمان
المال في ماله وان كان معه سائق فالضمان عليهما لان قائد الواحد قائد للكل وكذا سائقه لاتصال
الازمة وهذا اذا كان السائق في جانب من الابل اما اذا توسطها واخذ بزمام واحد يضمن
ما عطب بما هو خلفه ويضمنان ما تلف بما بين يديه لان القائد لا يقود ما خلف السائق لانفصام الزمام
والسائق يسوق ما يكون قدامه قال وان ربط رجل بعيرا الى القطار والقائد لا يعلم
فوطئ المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية لانه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره فاذا ترك
الصيانة صار متعديا وفي التسبيب الدية على عاقلته كما في قتل الخطاء ثم يرجعون على عاقلة الرابط
لانه هو الذي اوقعهم في هذه العهدة وانما تجب عليهما الضمان في الابتداء لان كل واحد منهما
مسبب لان الربط في القيادة بمنزلة التسبيب من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون الربط
قالوا هذا اذا ربط والقطار تسير لانه امر بالقود دلالة واذا لم يعلم به لا يمكنه التحفظ من ذلك
فيكون قرار الضمان على الرابط اما اذا ربط والابل قيام ثم قادها ضمنها القائد لانه قاد
بعير غيره بغير اذنه لا صريحا ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه عليه قال ومن ارسل بهيمة وكان لها سائقا
فاصاب في فوره يضمن لان الفعل انتقل اليه بواسطة السوق ولو ارسل طيرا وساقه فاصاب
في فوره لم يضمن والفرق ان بدن البهيمة يحتمل السوق فاعتبر سوقه وبدن الطير لا يحتمل السوق
فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة وكذا لو ارسل كلبا ولم يكن له سائقا لم يضمن ولو ارسله
الى صيد ولم يكن له سائقا فاخذ الصيد وقتله حل ووجه الفرق ان البهيمة مختارة في فعلها ولا تصلح
نائبة عن المرسل فلا يضاف فعلها الى غيرها هذا هو الحقيقة الا ان الحاجة مست في الاصطياد فاضيف
الى المرسل لان الاصطياد مشروع ولا طريق له سواه ولا حاجة في حق ضمان العدوان قال رضي الله عنه
وذكر في المبسوط اذا ارسل دابة في طريق المسلمين فاصابت في فورها فالمرسل ضامن لان سيرها
مضاف اليه ما دامت تسير على سننها ولو انعطفت يمنة او يسرة انقطع حكم الارسال الا اذا
لم يكن له طريق آخر سواه وكذا اذا وقفت ثم سارت بخلاف ما اذا وقفت بعد الارسال في الاصطياد
ثم سارت فاخذت الصيد فان تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لانها لتمكنه من الصيد وهذه
تنافي مقصود المرسل وهو السير فينقطع حكم الارسال وبخلاف ما اذا ارسله الى صيد فاصاب
نفسا او مالا في فوره لا يضمنه من ارسله وفي الارسال في الطريق يضمنه لان شغل الطريق تعد فيضمن ما تولد منه
اما الارسال للاصطياد فمباح فلا تسبيب الا بوصف التعدي قال ولو ارسل بهيمة فافسدت

قوله فضربها رجل او نخسها يعني بغير اذن الراكب فان قيل القياس يقتضي ان ينقلب الحكم وهو ان يجب على الراكب دون الناخس لان الراكب
مباشر والناخس سبب الا ترى ان حرمان الارث والوصية ووجوب الكفارة احكام مترتبة على المباشر وذلك يثبت في حق الراكب دون غيره
قلنا ... وانما يتخلف عن الحكم الى الراكب غير متعد والناخس متعد لما انه لا يشترط التعدي في حق المباشر
في وجوب الضمان انما ذلك في حق السبب قلنا كذلك الا ان هذا جوابه مندرج في تعليل الكتاب بقوله ولان الراكب والمركب مدفوعان
بدفع الناخس فاضيف فعل الدابة اليه كانه فعله بيده فان قيل قد ذكر قبل هذا الكتاب فلا يضمن الراكب ما نفحت برجلها
او ذنبها ثم قال بعده وقال اكثر المشايخ ان السائق لا يضمن النفحة ايضا لانه لا يمكنه التحرز عنه فلما كانت
النفحة مما لم يمكن التحرز عنها فلم وجب الضمان ههنا بسبب النفحة على الناخس قلنا ذلك العذر
انما كان في السوق والنخس بالاذن اما اذا كان النخس
بدون الاذن فلا [illegible]

زرعا على فوره ضمن المرسل وان مالت يمنة او يسرة وله طريق آخر لا يضمن لما مر قال
ولو انفلتت الدابة فاصابت مالا او آدميا ليلا او نهارا لا ضمان على صاحبها
لقوله عليه السلام جرح العجماء جبار وقال محمد رح هي المنفلتة ولان الفعل غير مضاف اليه
لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال واخواته قال شاة لقصاب فقئت عينها ففيها ما نقصها
لان المقصود منها اللحم فلا يعتبر الا النقصان وفي عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة وكذا في عين الحمار والبغل
والفرس وقال الشافعي رح فيه النقصان ايضا اعتبارا بالشاة ولنا ما روي انه عليه السلام قضى
بربع القيمة في عين الدابة وهكذا قضى عمر رضي الله عنه ولان فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب
والزينة والجمال والعمل فمن هذا الوجه تشبه الآدمي وقد تمسك للاكل فمن هذا الوجه تشبه الماكولات
فعملنا بالشبهين بشبه الآدمي في ايجاب الربع وبشبه الآخر في نفي النصف ولانه انما يمكن اقامة
العمل بها باربعة اعين عيناها وعينا المستعمل فكانها ذات اعين اربعة فيجب الربع بفوات احدها
قال ومن سار على دابة في الطريق فضربها رجل او نخسها فنفحت رجلا او ضربته بيدها او نفرت
فصدمته على دابته في الطريق فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب هو المروي عن ابن عمر وابن
مسعود ولان الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس فاضيف فعل الدابة اليه كانه فعله بيده
ولان الناخس متعد في تسببه والراكب في فعله غير متعد فيترجح جانبه في التغريم للتعدي حتى لو كان
واقفا دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لانه متعد في الايقاف
ايضا وان نفحت الناخس كان دمه هدرا لانه بمنزلة الجاني على نفسه وان القت الراكب فقتلته
كانت ديته على عاقلة الناخس لانه متعد في تسببه وفيه الدية على العاقلة قال وان نخسها
باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه في نفحتها لانه امره بما يملكه
اذ النخس بمعنى السوق فصح امره به وانتقل اليه لمعنى الامر قال ولو وطئت رجلا في سيرها وقد
نخسها الناخس باذن الراكب فالدية عليهما جميعا اذا كانت في فورها الذي نخسها لان سيرها في تلك الحالة
مضاف اليهما والاذن يتناول فعله السوق ولا يتناوله من حيث انه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه
والركوب وان كان علة الوطي فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط او علة للسير والسير
علة للوطي وبهذا لا يترجح صاحب العلة كمن جرح انسانا فوقع في بئر حفرها غيره على قارعة الطريق
فمات فالدية عليهما لما ان الحفر شرط علة اخرى دون علة الجرح كذا هذا ثم قيل يرجع الناخس على الراكب
بما ضمن في الايطاء لانه فعل بامره وقيل لا يرجع فيما اراه وهو الاصح لانه لم يامره بالايطاء

والنخس

والنخس ينفصل عنه كما اذا امر صبيا يستمسك على الدابة بتسييرها فوطئت انسانا فمات حتى
ضمن عاقلة الصبي فانهم لا يرجعون على الآمر لانه امره بالتسيير والايطاء ينفصل عنه وكذا
اذا ناوله سلاحا فقتل به آخر حتى ضمن لا يرجع على الآمر ثم الناخس انما يضمن اذا كان الايطاء
في فور النخس حتى يكون السوق مضافا اليه واذا لم يكن في فور ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع
اثر النخس فبقي السوق مضافا الى الراكب على الكمال قال ومن قاد دابة فنخسها رجل فانفلتت
من يد القائد ثم اصابت في فورها فهو على الناخس وكذا اذا كان لها سائق فنخسها غيره لانه مضاف اليه
والناخس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته وان كان صبيا ففي ماله لانهما مؤاخذان بافعالهما
قال ولو نخسها شيء منصوب في الطريق فنفحت انسانا فقتلته فالضمان على من نصبه لانه متعد
بشغل الطريق فاضيف اليه فكانه نخسها بفعله

باب جناية المملوك والجناية عليه

واذا جنى العبد جناية خطأ قيل لمولاه اما ان تدفعه بها او تفديه وقال الشافعي رح جنايته في رقبته يباع فيها
الا ان يقضي المولى الارش وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق والمسئلة مختلفة بين
الصحابة رضي الله عنهم له ان الاصل في موجب الجناية ان يكون على الجاني الا ان العاقلة تتحمل عنه
ولا عاقلة للعبد لان العقل عندي بالقرابة ولا قرابة بين المولى وعبده فيجب في ذمته كما في الدين
ويتعلق برقبته يباع فيه كما في الجناية على المال ولنا ان الاصل في الجناية على الآدمي
حالة الخطأ ان يتباعد عن الجاني تحرزا عن استيصاله والاجحاف به اذ هو معذور فيه
حيث لم يتعمد الجناية ويجب على عاقلته اذا كان له عاقلة والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به
والاصل في العاقلة عندنا النصرة حتى تجب على اهل الديوان بخلاف الذمي لانهم لا يتعاقلون فيما بينهم
فلا عاقلة فيجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر وبخلاف الجناية على المال لان العواقل
لا تعقل المال الا انه يخير بين الدفع والفداء لانه واحد وفي اثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه
كيلا يستأصل غير ان الواجب الاصلي هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات
محل الواجب وان كان له حق النقل الى الفداء كما في مال الزكوة بخلاف موت الجاني الحر لان الواجب
لا يتعلق بالحر استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر قال وان دفعه ملكه ولي الجناية
وان فداه فداه بارشها وكل ذلك يلزمه حالا اما الدفع فلان التأجيل في الاعيان باطل
وعند اختياره الواجب عين واما الفداء فلانه جعل بدلا عن العبد في الشرع وان كان مقدرا
بالمتلف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه ويأخذ حكمه فلهذا وجب حالا كالمبدل واهما

اختاره وفعله لا شيء لولي الجناية غيره اما الدفع فلان حقه متعلق به فاذا خلى بينه وبين الرقبة
سقط واما الفداء فلانه لا حق له الا الارش فاذا اوفاه حقه سلم له العبد فان لم يختر شيئا حتى
مات العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه على ما بيناه وان مات بعدما اختار الفداء لم يبرأ
لتحول الحق من رقبة العبد الى ذمة المولى قال فان عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية حكم الجناية
الاولى معناه بعد الفداء لانه لما طهر عن الجناية بالفداء جعل كان لم يكن وهذا ابتداء جناية
قال وان جنى جنايتين قيل للمولى اما ان تدفعه الى ولي الجنايتين يقتسمانه على قدر حقيهما
واما ان تفديه بارش كل واحد منهما لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون
المتلاحقة الا ترى ان ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية فحق المجني عليه الاول اولى ان لا يمنع ومعنى قوله على
قدر حقيهما اي على قدر ارش جنايتيهما وان كانوا جماعة يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم
فان فداه فداه بجميع اروشهم لما ذكرنا قال ولو قتل واحدا وفقأ عين آخر يقتسمانه اثلاثا لان
ارش العين على النصف من ارش النفس وعلى هذا حكم الشجات قال وللمولى ان يفدي من بعضهم
ويدفع الى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد لان الحقوق مختلفة باختلاف اسبابها وهي الجنايات
المختلفة بخلاف مقتول العبد اذا كان له وليان لم يكن له ان يفدي من احدهما ويدفع الى الآخر لان
الحق متحد لاتحاد سببه وهي الجناية المتحدة والحق يجب للمقتول ثم للوارث خلافة عنه فلا
يتفرق في موجبها قال فان اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها
وان اعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الارش لان في الاول فوت حقه فيضمنه وحقه في اقلهما
ولا يصير مختارا للفداء لانه لا اختيار بدون العلم وفي الثاني صار مختارا لان الاعتاق يمنعه
من الدفع فالاقدام عليه اختيار منه للآخر وعلى هذين الوجهين البيع والهبة والتدبير والاستيلاد
لان كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك به بخلاف الاقرار على رواية الاصل لانه لا يسقط به
حق ولي الجناية فان المقر له يخاطب بالدفع اليه وليس فيه نقل الملك لجواز ان يكون الامر كما قال
والحقه الكرخي بالبيع واخواته لانه ملكه في الظاهر فيستحقه المقر له باقراره فاشبه البيع
واطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما دونها وكذا المعنى لا يختلف واطلاق البيع
ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري لانه يزيل الملك بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ونقضه وبخلاف
العرض على البيع لان الملك ما زال ولو باعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا حتى يسلم لان الزوال
به بخلاف الكتابة الفاسدة لان موجبه يثبت قبل قبض البدل فيصير بنفسه مختارا ولو

باعه

باعه مولاه من المجني عليه فهو مختار بخلاف ما اذا وهبه منه لان المستحق اخذه بغير عوض وهو
متحقق في الهبة دون البيع واعتاق المجني عليه بامر المولى بمنزلة اعتاق المولى فيما ذكرناه لان فعل المأمور
مضاف اليه ولو ضربه فنقصه فهو مختار اذا كان عالما بالجناية لانه حبس جزءا منه وكذا اذا كانت بكرا
فوطئها وان لم يكن معلقا لما قلنا بخلاف التزويج لانه عيب من حيث الحكم وبخلاف وطء الثيب على ظاهر الرواية
لانه لا ينقص من غير اعلاق وبخلاف الاستخدام لانه لا يختص بالملك ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ولا يصير
مختارا بالاجارة والرهن في الاظهر وكذا بالاذن في التجارة وان ركبه دين لان الاذن لا يفوت
الدفع ولا ينقص الرقبة الا ان لولي الجناية ان يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى فيلزم المولى
قيمته قال ومن قال لعبده ان قتلت فلانا او رميته او شججته فانت حر فهو مختار للفداء
ان فعل ذلك ان علق العتق لا يوجب القصاص وقال زفر رح لا يصير مختارا للفداء لان وقت
تكلمه لا جناية ولا علم له بوجوده وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا الا ترى انه لو علق
الطلاق او العتاق بالشرط ثم حلف ان لا يطلق او لا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق او الطلاق
لا يحنث في يمينه تلك كذا هذا ولنا انه علق الاعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند
الشرط كالمنجز فصار كما اذا اعتقه بعد الجناية الا ترى ان من قال لامرأته ان دخلت الدار
فوالله لا اقربك يصير ابتداء الايلاء من وقت الدخول وكذا اذا قال لها اذا مرضت فانت
طالق ثلاثا فمرض حتى طلقت ومات من ذلك المرض يصير فارا لانه يصير مطلقا بعد وجود
المرض بخلاف ما اورد لان غرضه طلاق او عتق يمكنه الامتناع عنه اذ اليمين للمنع
فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع عنه ولانه حرضه على مباشرة الشرط بتعليق اقوى الدواعي
اليه والظاهر انه يفعله فهذا دلالة الاختيار قال واذا قطع العبد يد رجل عمدا فدفع
اليه بقضاء او بغير قضاء فاعتقه ثم مات من اليد فالعبد صلح بالجناية وان كان
لم يعتقه رده على المولى وقيل للاولياء اقتلوه او اعفوا عنه ووجه ذلك وهو انه اذا لم
يعتقه وسرى تبين ان الصلح وقع باطلا لان الصلح كان عن المال لان اطراف
العبد لا يجري القصاص بينها وبين اطراف الحر فاذا سرى تبين ان المال غير واجب
وانما الواجب هو القود وكان الصلح واقعا بغير بدل فبطل والباطل لا يورث الشبهة
كما اذا وطئ المطلقة الثلاث في عدتها مع العلم بحرمتها عليه فوجب القصاص بخلاف
ما اذا اعتقه لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح لان الظاهر

ان من يقدم على القتل يقصد تصحيحه ولا صحة لهذا الصلح الا ان يجعل صلحا من الجناية
وما يحدث منها ولهذا لو نص عليه ورضي المولى به يصح وقد رضي المولى به لانه لما
رضي بكون العبد عوضا عن القليل يكون ارضى بكونه عوضا عن الكثير فاذا اعتق يصح الصلح
في ضمن الاعتاق ابتداء واذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الاول وقع باطلا فيرد
فيرد العبد الى المولى والاولياء على خيرتهم في العفو والقتل وذكر في بعض النسخ رجل قطع يد
رجل عمدا فصالح القاطع المقطوع يده على عبد ودفعه اليه فاعتقه المقطوعة يده ثم مات
من ذلك فالعبد صلح بالجناية الى آخر ما ذكرنا في الرواية وهذا الوضع يرد اشكالا فيما اذا
عفي عن اليد ثم سرى الى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هنالك وههنا قال يجب قيل ما ذكر
ههنا جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان وقيل بينهما فرق
ووجهه ان العفو عن اليد صح ظاهرا لان الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا فبعد ذلك
وان بطل حكما يبقى موجودا حقيقة فكفى لمنع وجوب القصاص اما ههنا الصلح لا يبطل الجناية
بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم يبطل الجناية لم يمتنع العقوبة هذا اذا لم يعتقه اما اذا
اعتقه فالتخريج ما ذكرناه من قبل قال واذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه الف درهم
فاعتقه المولى ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لاولياء الجناية
لانه اتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد والدفع للاولياء والبيع للغرماء
فكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين ايفاء من الرقبة الواحدة بان يدفع الى ولي
الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالاتلاف بخلاف ما اذا اتلفه اجنبي حيث تجب قيمة واحدة
للمولى ويدفعها المولى الى الغرماء لان الاجنبي انما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر في
مقابلته الحق لانه دونه وههنا يجب لكل واحد منهما باتلاف الحق فلا ترجيح فيظهران
فيضمنهما قال واذا استدانت الامة المأذونة لها ثم ولدت فانه يباع الولد معها
فان جنت جناية لم يدفع الولد معها والفرق ان الدين وصف حكمي فيها واجب
في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء فيسري الى الولد كولد المرهونة بخلاف الجناية
لان وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها وانما يلاقيها اثر الفعل الحقيقي وهو
الدفع والسراية في الاوصاف الشرعية دون الاوصاف الحقيقية قال واذا كان
العبد لرجل زعم رجل ان مولاه اعتقه فقتل العبد وليا لذلك الرجل خطاء فلا شيء له لانه لما زعم

ان مولاه اعتقه فقد ادعى الدية على العاقلة وابرأ العبد والمولى الا انه لا يصدق
على العاقلة من غير حجة واذا اعتق العبد فقال لرجل قتلت اخاك خطاء وانا عبد وقال
قتلته وانت حر فالقول قول العبد لانه منكر الضمان لما انه اسنده الى حالة معهودة
منافية للضمان اذ الكلام فيما اذا عرف رقه والوجوب في جناية العبد على المولى دفعا
او فداء فصار كما اذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتي او اعتقت عبدي وانا صبي
او قال طلقت امرأتي وانا مجنون وقد كان جنونه معهودا كان القول قوله لما ذكرنا
قال ومن اعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وانت امتي وقالت قطعتها
وانا حرة فالقول قولها وكذلك كل ما اخذ منها الا الجماع والغلة استحسانا وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وابي يوسف رحمه الله تعالى وقال محمد رحمه الله تعالى لا يضمن الا شيئا قائما
بعينه يؤمر برده عليها لانه منكر وجوب الضمان لاسناده الفعل الى حالة معهودة
منافية للضمان كما في المسألة الاولى وكما في الوطء والغلة وفي الشيء القائم اقر بيده حيث
اعترف بالاخذ منها ثم ادعى التملك عليها وهي منكرة والقول للمنكر ولهذا يؤمر بالرد اليها
ولهما انه اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله كما اذا قال لغيره فقأت عينك
اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت وقال المقر له لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة فالقول
قول المقر له وهذا لانه ما اسنده الى حالة معهودة منافية للضمان لانه يضمن يدها لو قطعها
وهي مديونة وكذا يضمن مال الحربي اذا اخذه وهو مستأمن بخلاف الوطء والغلة لان وطء
المولى امته المديونة لا يوجب العقر وكذا اذا اخذ من غلتها وان كانت مديونة لا يوجب
الضمان عليه فحصل الاسناد الى حالة معهودة منافية قال واذا امر العبد المحجور عليه صبيا
بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية لانه هو القاتل حقيقة وعمده وخطاؤه سواء
على ما بينا من قبل ولا شيء على الآمر وكذلك اذا كان الآمر صبيا لانهما لا يؤاخذان
باقوالهما لان المؤاخذة فيها باعتبار الشرع وما اعتبر قولهما ولا رجوع لعاقلة الصبي
القاتل على الصبي الآمر ابدا ويرجعون على العبد الآمر بعد العتاق لان عدم الاعتبار
لحق المولى وقد زال لا لنقصان اهلية العبد بخلاف الصبي لانه قاصر الاهلية
قال وكذلك ان امر عبدا معناه ان يكون الآمر والمأمور عبدا محجورا عليهما يخاطب
مولى القاتل بالدفع او الفداء ولا رجوع له على الاول في الحال ويجب ان يرجع بعد العتق
بالاقل من الفداء وقيمة العبد لانه غير مضطر في دفع الزيادة وهذا اذا كان القتل خطاء

وكذا اذا كان عمدا والعبد القاتل صغير لان عمده خطأ اما اذا كان كبيرا فلهم القصاص
القصاص لجريانه بين العبد والحر قال واذا قتل العبد رجلين عمدا ولكل واحد منهما
وليان فعفا احد وليي كل واحد منهما فان المولى يدفع نصفه الى الآخرين او يفديه
بعشرة الاف درهم لانه لما عفا احد وليي كل واحد منهما سقط القصاص وانقلب مالا
نصفه كما لو وجب المال ابتداء وهذا لان حقهم في الرقبة او في عشرين الفا وقد سقط نصيب
العافيين وهو النصف فان كان قتل احدهما عمدا والآخر خطأ فعفا احد وليي العمد
فان فداه المولى فداه بخمسة عشر الفا خمسة آلاف للذي لم يعف من وليي العمد وعشرة
الاف لوليي الخطأ لانه لما انقلب العمد مالا كان حق وليي الخطأ في كل الدية عشرة آلاف وحق احد
وليي العمد في نصفها خمسة آلاف ولا تضايق في الفداء فيجب خمسة عشر الفا وان دفعه
دفعه اليهم اثلاثا ثلثاه لوليي الخطأ وثلثه لغير العافي من وليي العمد والقسمة عندهما بطريق
المنازعة فيسلم النصف لوليي الخطأ بلا منازعة واستوت منازعة الفريقين
في النصف الآخر فينتصف فلهذا يقسم ارباعا وعنده يقسم بطريق العول والمضاربة
اثلاثا لان الحق يتعلق بالرقبة اصله التركة المستغرقة بالديون فيضرب هذا بالكل وذلك
بالنصف ولهذه المسئلة نظائر ذكرناها في الزيادات قال وان كان عبد بين رجلين فقتل
مولى لهما اي قريبا لهما فعفا احدهما بطل الجميع عند ابي حنيفة رح وقالا يدفع الذي
عفا نصف نصيبه الى الآخر او يفديه بربع الدية وذكر في بعض النسخ قول محمد مع قول
ابي حنيفة رح فصل ومن قتل عبدا خطأ فعليه قيمته لا تزاد على عشرة الاف درهم فان كانت
قيمته عشرة آلاف درهم او اكثر قضي له بعشرة الاف الا عشرة وفي الامة اذا زادت
قيمتها على الدية خمسة آلاف الا عشرة وهذا عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف
والشافعي رح تجب قيمته بالغة ما بلغت قال ولو غصب عبدا قيمته عشرون الفا وهلك
في يده تجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع لهما ان الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى
وهو لا يملك العبد الا من جهة المالية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه
ببقاء المالية اصلا او بدلا وصار كقليل القيمة وكالغصب ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
قوله تعالى ودية مسلمة اوجبها مطلقا وفيه معنى المالية والآدمية اعلاهما فيجب اعتبارها
باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما وضمان الغصب باعتبار المالية اذ الغصب لا يرد
الا على المال وبقاء العقد يتبع فائدة حتى يبقى بعد قتله عمدا وان لم يكن القصاص بلا عوض

عن المالية

عن المالية فكذلك امر الدية وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية الا انه لا سمع فيه
فقدرناه بقيمته رأيا بخلاف كثير القيمة لان قيمة الحر مقدرة بعشرة الآف ونقصنا منها في
العبد اظهارا لانحطاط رتبته وتعيين العشرة باثر عبد الله بن عباس رضي الله عنهما قال وفي
يد العبد نصف قيمته لا تزاد على خمسة الآف الا خمسة لان اليد من الآدمي نصفه فتعتبر بكله وينقص
هذا المقدار اظهارا لانحطاط رتبته وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد لان القيمة
في العبد كالدية في الحر اذ هو بدل الدم على ما قررناه قال وان غصب امة قيمتها عشرون الفا فماتت
في يده فعليه تمام قيمتها لما بينا ان ضمان الغصب ضمان المالية قال ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى ثم مات
من ذلك فان كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه والا اقتص منه وهذا عند ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رح لا قصاص في ذلك وعلى القاطع ارش اليد وما نقصه ذلك
الى ان اعتقه ويبطل الفضل وانما لا يجب القصاص في الوجه الاول لاشتباه من له الحق لان القصاص
يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح وعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة
الثانية يكون للورثة فيتحقق الاشتباه وتعذر الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفى وفيه
الكلام واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لان الملكين في الحالين بخلاف العبد الموصى بخدمته
لرجل وبرقبته لآخر اذا قتل لان ما لكل منهما من الحق ثابت من وقت الجرح الى وقت الموت
فاذا اجتمعا زال الاشتباه ولمحمد في الخلافية وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى ان
سبب الولاية قد اختلف لانه الملك على اعتبار احدى الحالتين والوراثة بالولاء على اعتبار
الاخرى فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه كما اذا قال لآخر بعتني هذه الجارية
بكذا فقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها ولان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها
يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص ولهما انا تيقنا بثبوت الولاية للمولى
فيستوفيه وهذا لان المقضي له معلوم والحكم متحد فوجب القول بالاستيفاء بخلاف
الفصل الاول لان المقضي له مجهول ولا معتبر باختلاف السبب ههنا لان الحكم لا يختلف بخلاف
تلك المسئلة لان ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكما والاعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه
من له الحق وذلك في الخطأ دون العمد لان العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون
الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فيقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه فجاء
الاشتباه اما العمد فموجبه القصاص والعبد مبقى على الحرية فيه وعلى اعتبار ان يكون الحق له فالمولى

هو الذي يتولاه اذكا وارث له سواه فلا اشتباه فيمن له الحق فاذا امتنع القصاص
في الفصلين عند محمد يجب ارش اليد وما نقصه من وقت الجرح الى وقت الاعتاق كما لو
لانه حصل على ملكه ويبطل الفضل وعندهما الجواب في الفصلين كالجواب عند محمد في الفصل الثاني
ومن قال لعبديه احدكما حر ثم شج احدهما فوقع العتق على احدهما فارشهما للمولى لان العتق
غير نازل في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة ولو قتلهما رجل يجب
دية حر وقيمة عبد والفرق ان البيان انشاء من وجه واظهار من وجه على ما عرف ولو بعد الشجة
بقي محلا للبيان فاعتبر انشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبرناه اظهارا محضا
واحدهما حر بيقين فيجب قيمة عبد ودية حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل حيث
يجب قيمة المملوكين لانا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حرا وكل واحد منهما ينكر ذلك
ولان القياس تأبى ثبوت العتق في المجهول لانه لا يفيد فائدته وانما صححناه
ضرورة صحة التصرف واثبتنا له ولاية النقل من المجهول الى المعلوم فيتقدر بقدر الضرورة
وهي في النفس دون الاطراف فبقي مملوكا في حقها قال ومن فقأ عيني عبد فان شاء
المولى دفع العبد واخذ القيمة وان شاء امسكه ولا شيء له من النقصان عند ابي حنيفة
وقالا ان شاء امسك العبد واخذ ما نقصه وان شاء دفع العبد واخذ قيمته
وقال الشافعي يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة لانه يجعل الضمان مقابلا بالفائت فيبقى
الباقي على ملكه كما اذا قطع احدى يديه وفقأ احدى عينيه ونحن نقول ان المالية قائمة
بالذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصرا عليه واذا
كانت معتبرة وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة والضمان يتقدر
بقيمة الكل فوجب ان يتملك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا فقأ
عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك
الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفقء احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة
ولهما ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب ان يتخير المولى على الوجه الذي قلنا كما في
سائر الاموال فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب
اليه وضمنه قيمته وان شاء امسك الثوب وضمنه النقصان وله ان المالية وان كانت
معتبرة في الذات فالآدمية غير مهدرة في الذات وفي الاطراف ايضا الا يرى ان عبدا
لو قطع يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع او الفداء وهذا من احكام الآدمية لان موجب

الجناية

فعلم انه لا ينقسم ويتملك لكونه [illegible] اذا امسكه لا شيء له من النقصان لانه من احكام
الاول انه لا ينقسم الضمان على الاجزاء بل الضمان مقابل بالذات تارة وبالاجزاء
اخرى فيجعل مقابلة الفائت في جنس المنفعة قدر الحر ومقابلة البدل في حق العبد
حتى لا يكون له الضمان مع امساك الجثة بخلاف خرق الثوب له المطالبة بالنقصان
مع امساك الثوب ولكونه لا لو دفع القيمة يملك الجثة بخلاف الجناية على الحر
فانه لو دفع الدية لا يملك الجثة والله اعلم جلال الدين المبارز

الجناية على المال ان تباع رقبته فيها ثم من احكام الاولى انه لا ينقسم على الاجزاء ولا يتملك الجثة
ومن احكام الثانية ينقسم ويتملك الجثة فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم فصل في جناية
المدبر وام الولد قال واذا جنى المدبر وام الولد جناية ضمن المولى الاقل من قيمته ومن ارشها لما
روي عن ابي عبيدة ابن الجراح رضي الله عنه قضى بجناية المدبر على مولاه ولانه صار مانعا تسليمه في الجناية بالتدبير
او الاستيلاد من غير اختياره الفداء فصار كما لو فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم وانما يجب الاقل
من قيمته ومن الارش لانه لا حق لولي الجناية في اكثر من الارش ولا منع من المولى في اكثر من القيمة ولا تخيير
بين الاقل والاكثر لانه لا يفيد في جنس واحد لاختياره الاقل لا محالة بخلاف القن لان الرغبات
صادقة في الاعيان فيفيد التخيير بين الدفع والفداء قال وجنايات المدبر وان توالت
لا توجب الا قيمة واحدة لانه لا منع منه الا في رقبة واحدة ولان دفع القيمة كدفع العبد وذلك
لا يتكرر فبذلك يتكرر قضاء لاولياء الجنايات يتحاصصون فيها ويعتبر قيمته لكل واحد في حال الجناية عليه لان المنع في هذا الوقت
يتحقق قال وان جنى جناية اخرى وقد دفع المولى القيمة الى ولي الاولى بقضاء فلا شيء عليه لانه مجبور
على الدفع قال وان كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالولي بالخيار ان شاء اتبع المولى وان
شاء اتبع ولي الجناية وهذا عند ابي حنيفة وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا شيء على المولى لانه حين
دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة وقد دفع كل الحق الى مستحقه فصار كما اذا دفع بالقضاء
ولابي حنيفة رح ان المولى جان بدفع حق ولي الجناية الثانية طوعا وولي الاولى ضامن
بقبض حقه ظلما فيتخير وهذا لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية
الاولى ومتأخرة حكما من حيث انه يعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت كالمقارنة
في حق التضمين لابطاله ما تعلق به من حق ولي الثانية عملا بالشبهين قال واذا اعتق المولى
المدبر وقد جنى جنايات لم يلزمه الا قيمة واحدة لان الضمان انما وجب عليه بالمنع فصار
وجود الاعتاق من بعد وعدمه بمنزلة وام الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا لان الاستيلاد
مانع من الدفع كالتدبير واذا اقر المدبر بجناية لم يجز اقراره ولا يلزمه به شيء عتق او لم يعتق لان موجب
جنايته الخطاء على سيده واقراره به لا ينفذ على السيد باب غصب العبد والمدبر والصبي
في ذلك ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته اقطع وان
كان المولى قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب لا شيء عليه والفرق ان الغصب
قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك بآفة سماوية فتجب قيمته اقطع ولم يوجد

القاطع في الفصل الثاني وكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير
كيف وانه استولى عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان قال واذا غصب العبد المحجور
عبدا محجورا عليه فمات في يده فهو ضامن لان المحجور عليه مؤاخذ بافعاله قال ومن غصب مدبرا فجنى
عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لان المولى
بالتدبير السابق اعجز نفسه عن الدفع من غير ان يصير مختارا للفداء فيصير متلفا حق اولياء الجناية
اذ حقهم فيه ولم يمنع الا رقبة واحدة فلا تزاد على قيمتها وتكون بين وليي الجنايتين نصفين
لاستوائهما في الموجب ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب لانه استحق نصف البدل بسبب كان في يد الغاصب
فصار كما اذا استحق نصف العبد بهذا السبب ويدفعه الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بذلك على الغاصب
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يرجع بنصف قيمته فيسلم له لان الذي يرجع به
المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية الاولى فلا يدفع اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل
في ملك رجل واحد وكيلا يتكرر الاستحقاق ولهما ان حق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه
لا يزاحمه احد وانما ينتقص باعتبار مزاحمة الثاني واذا وجد شيئا من بدل العبد في يد المالك فارغا يأخذه
ليتم حقه واذا اخذه منه يرجع المولى بما اخذه على الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب
وان كان جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان
ويرجع بنصف القيمة على الغاصب لما بينا في الفصل الاول غير ان استحقاق ذلك النصف حصل
بالجناية الثانية اذ كانت هي في يد الغاصب فيدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا يرجع به على الغاصب
وهذا بالاجماع بخلاف الفصل الاول عند محمد رح ثم وضع المسئلة في العبد وفي الجامع قال ومن غصب عبدا
فجنى في يده ثم رده فجنى جناية اخرى فان المولى يدفعه الى ولي الجنايتين ثم يرجع على الغاصب
بنصف القيمة فيدفعه الى الاول ويرجع به على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رح يرجع بنصف القيمة فيسلم له وان جنى عند المولى ثم غصبه فجنى في يده دفعه المولى
نصفين ويرجع بنصف قيمته فيدفع الى الاول ولا يرجع به والجواب في العبد كالجواب
في المدبر في جميع ما ذكرنا الا ان في هذا الفصل يدفع المولى العبد وفي الفصل الاول يدفع
القيمة قال ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه ثانيا ثم جنى
عنده جناية فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لانه منع رقبة واحدة بالتدبير فيجب عليه قيمة
واحدة ثم يرجع بالقيمة على الغاصب لان الجنايتين كانتا في يد الغاصب فيدفع نصفها

الى الاول

الى الاول لانه استحق كل القيمة لان عند وجود الجناية عليه لا حق لغيره وانما انتقص بحكم المزاحمة من بعد
قال ويرجع به على الغاصب لان الاستحقاق كان بسبب في يده ويسلم له ولا يدفعه الى ولي
الجناية الاولى ولا الى ولي الجناية الثانية لانه لا حق له الا في النصف لسبق حق الاول وقد وصل
اليه ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف كالاولى وقيل على الاتفاق والفرق لمحمد رح ان في الاولى
الذي يرجع به عوض عما سلم لولي الجناية الاولى لان الثانية كانت في يد المالك فلو دفع اليه
ثانيا يتكرر الاستحقاق اما في هذه المسئلة يمكن ان يجعل عوضا عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب
فلا يؤدي الى ما ذكرناه قال ومن غصب صبيا حرا فمات في يده فجأة او بحمى فليس عليه شيء وان
مات من صاعقة او نهشة حية فعلى عاقلة الغاصب الدية وهذا استحسان والقياس ان لا يضمن
في الوجهين وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله لان الغصب في الحر لا يتحقق الا ترى انه لو كان مكاتبا
صغيرا لا يضمن مع انه حر يدا فاذا كان الصغير حرا رقبة ويدا اولى وجه الاستحسان انه لا يضمن
بالغصب ولكن يضمن بالاتلاف وهذا اتلاف تسبيبا لانه نقله الى ارض مسبعة او الى مكان الصواعق
وهذا لان الصواعق والحيات والسباع لا تكون في كل مكان واذا نقله اليه فهو متعد فيه وقد ازال
حفظ الولي فيضاف اليه لان شرط العلة ينزل منزلة العلة اذا كان تعديا كالحفر في الطريق بخلاف
الموت فجأة او بحمى لان ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله الى موضع يغلب فيه الحمى
والامراض نقول بانه يضمن فتجب الدية على العاقلة لكونه قتلا تسبيبا قال واذا اودع صبي
عبدا فقتله فعلى عاقلته الدية وان اودع طعاما فاكله لم يضمن وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال ابو يوسف والشافعي رح يضمن في الوجهين جميعا وعلى هذا اذا اودع العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه لا يؤاخذ
بالضمان في الحال عند ابي حنيفة ومحمد رح ويؤاخذ به بعد العتق وعند ابي يوسف والشافعي رح يؤاخذ به في الحال
وعلى هذا الخلاف الاقراض والاعارة في العبد والصبي قال محمد في اصل الجامع الصغير صبي قد عقل
وفي الجامع الكبير وضع المسئلة في صبي ابن اثنتي عشرة سنة وهذا يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق
لابي يوسف والشافعي رحمهما الله انه اتلف مالا متقوما معصوما حقا لمالكه فيجب عليه الضمان كما اذا كانت
الوديعة عبدا وكما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع ولهما انه اتلف مالا غير معصوم فلا يجب
الضمان كما اذا اتلفه باذنه ورضاه وهذا لان العصمة تثبت حقا له وقد فوتها على نفسه حيث وضع المال في يد مانعة
فلا يبقى مستحقا للنظر الا اذا اقام غيره مقام نفسه في الحفظ ولا اقامة ههنا لانه لا ولاية
له على الصبي ولا للصبي على نفسه بخلاف البالغ والمأذون له لان لهما ولاية على انفسهما وبخلاف ما اذا

عبدا لان عصمته لحقه او هو مبقى على اصل الحرية في حق الدم بخلاف ما اذا اتلفه غير الصبي يد
الصبي لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي الذي وقع في يده المال دون غيره قال واذا
ما لا ضمن يريد به في غير ايداع لانه مؤاخذ بافعاله وصحة القصد لا معتبر بها في حقوق العباد

باب القسامة واذا وجد القتيل في محلة لا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم يتخيرهم
الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا وقال الشافعي اذا كان هناك لوث استحلف الاولياء خمسين
يمينا فيقضى لهم بالدية على المدعى عليه عمدا كانت الدعوى او خطأ وقال مالك يقضى بالقود اذا كانت
الدعوى في العمد وهو احد قولي الشافعي واللوث عندهما ان يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه
او ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة او شهادة عدل او جماعة غير عدول ان اهل المحلة
قتلوه وان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه مثل مذهبنا غير انه لا يكرر اليمين بل يرد على
الولي فان حلفوا لا دية عليهم للشافعي في البداية بيمين الولي قوله عليه السلام للاولياء
فيقسم منكم خمسون انهم قتلوه ولان اليمين تجب على من يشهد له الظاهر ولهذا تجب على صاحب اليد
فاذا كان الظاهر شاهدا للولي يبدأ بيمينه ورد اليمين على المدعي اصل له كما في النكول
غير ان هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها والمال يجب معها فلهذا وجبت الدية
ولنا قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه وروى ابن المسيب ان النبي عليه السلام
بدأ باليهود بالقسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين اظهرهم ولان اليمين حجة للدفع
دون الاستحقاق وحاجة الولي الى الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه المال المبتذل فاولى
ان لا يستحق به النفس المحترمة وقوله يتخيرهم الولي اشارة الى ان خيار تعيين الخمسين الى الولي
لان اليمين حقه والظاهر انه يختار من يتهمه بالقتل او صالحي اهل المحلة لما ان تحرزهم
عن اليمين الكاذبة ابلغ فيظهر القاتل وفائدة اليمين النكول فان كانوا لا يباشرون
ويعلمون يفيد يمين الصالح على العلم بابلغ مما يفيد يمين الطالح ولو اختاروا اعمى او محدودا
في قذف جاز لانه يمين وليس بشهادة قال فاذا حلفوا قضي على اهل المحلة بالدية
ولا يستحلف الولي وقال الشافعي لا تجب الدية لقوله عليه السلام في حديث عبد الله
بن سهل تبرئكم اليهود بايمانها ولان اليمين عهدت في الشرع مبرئا للمدعى عليه لا ملزما
كما في سائر الدعاوى ولنا انه عليه السلام جمع بين الدية والقسامة في حديث سهل وفي حديث
زياد بن ابي مريم وكذا جمع عمر رضي الله عنه بينهما على وادعة وقوله عليه السلام تبرئكم اليهود

لتجب الدية

محمول على الابراء عن القصاص والحبس وكذا اليمين مبرئ عما وجب له اليمين والقسامة ما شرعت
اذ لكلوا بل شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل فاذا حلفوا حصلت
البراءة عن القصاص ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا لوجود القتيل بين اظهرهم لا بنكولهم
او وجبت بتقصيرهم في المحافظة كما في القتل الخطأ ومن ابى منهم اليمين حبس حتى يحلف لان اليمين فيه
مستحق لذاته تعظيما لامر الدم ولهذا يجمع بينه وبين الدية بخلاف النكول في الاموال حيث ان
اليمين بدل عن اصل حقه ولهذا يسقط ببذل المدعى وفيما نحن فيه لا يسقط ببذل الدية هذا الذي ذكرنا
اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لا باعيانهم والدعوى في العمد او الخطأ
لانهم لا يتميزون عن الباقي ولو ادعى على البعض باعيانهم انهم قتلوا وليه عمدا او خطأ فكذلك الجواب يدل عليه اطلاق
الجواب في الكتاب وهكذا الجواب في المبسوط وعن ابي يوسف في غير رواية الاصول ان في القياس تسقط
القسامة والدية عن الباقين من اهل المحلة ويقال للولي الك بينة فان قال لا يستحلف
المدعى عليه يمينا واحدة ووجهه ان القياس يأباه لاحتمال وجود القتل من غيره وانما عرفناه
بالقسامة بالنص اذا كان في مكان ينسب الى المدعى عليهم والمدعي يدعي القتل عليهم فيما
وراءه يبقى على اصل القياس وصار كما اذا ادعى القتل على واحد من غيرهم وفي الاستحسان
تجب القسامة والدية على اهل المحلة لانه لا فصل في اطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فنوجبه
بالنص لا بالقياس بخلاف ما اذا ادعى على واحد من غيرهم لانه ليس فيه نص فلو اوجبناهما لاوجبناهما
بالقياس وهو ممتنع ثم حكم ذلك ان يثبت ما ادعاه اذا كان له بينة فان لم يكن استحلف
يمينا واحدة لانه ليس بقسامة لانعدام النص وامتناع القياس ثم ان حلف برئ وان نكل
والدعوى في المال يثبت به وان كان في القصاص فهو على اختلاف قد مضى في كتاب
الدعوى قال وان لم يكمل اهل المحلة كررت الايمان عليهم حتى تتم خمسين لما روي ان
عمر رضي الله عنه لما قضى في القسامة وافى اليه تسعة واربعون رجلا فكرر اليمين على رجل
منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية وعن شريح والنخعي رضي الله عنهما مثل ذلك ولان
الخمسين واجب بالسنة فيجب اتمامها ما امكن ولا يطلب فيه الوقوف على الفائدة
لثبوتها بالسنة ثم فيه استعظام امر الدم فان كان العدد كاملا فاراد الولي
ان يكرر على احدهم فليس له ذلك لان المصير الى التكرار ضرورة الاكمال قال ولا قسامة
على صبي ولا مجنون لانهما ليسا من اهل القول الصحيح واليمين قول ولا امرأة ولا عبد لانهما ليسا

من اهل النصرة واليمين على اهلها قال واذا وجد ميت لا اثر به فلا قسامة ولا دية
لانه ليس بقتيل اذ القتيل في العرف من فاتت حياته بسبب مباشرة حي وهذا ميت
حتف انفه والغرامة تتبع فعل العبد والقسامة تتبع احتمال القتل ثم يجب عليه القسم
فلا بد ان يكون به اثر يستدل به على كونه قتيلا وذلك بان يكون به جراحة او اثر ضرب او خنق
وكذا اذا كان خرج الدم من عينه او اذنه لانه لا يخرج منها الا بفعل من جهة الحي عادة بخلاف
ما اذا خرج من فيه او دبره او ذكره لان الدم يخرج من هذه المخارق عادة من غير فعل
احد وقد ذكرناه في الشهيد قال ولو وجد بدن القتيل او اكثر من نصف البدن او النصف
ومعه الراس في محلة فعلى اهلها القسامة والدية وان وجد نصفه مشقوقا بالطول او وجد اقل
من النصف ومعه الراس او وجد رجله او يده او راسه فلا شيء عليهم لان هذا حكم عرفناه بالنص
وقد ورد به في البدن الا ان للاكثر حكم الكل تعظيما للادمي بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا هو
ملحق بالبدن فلا يجري فيه القسامة ولانا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس
واحدة ولا يتواليان والاصل فيه ان الموجود الاول ان كان بحال لو وجد الباقي تجري فيه
القسامة لا تجب فيه فان كان بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة فيما دون النصف
وتجب والمعنى ما اشرنا اليه قال وصلوة الجنازة في هذا تنسحب على هذا الاصل لانها لا تتكرر
قال ولو وجد فيهم جنين او سقط ليس به اثر الضرب فلا شيء على اهل المحلة لانه لا يفوق الكبير حالا
وان كان به اثر الضرب وهو تام الخلق فلا شيء عليهم لانه ينفصل ميتا لا حيا قال
واذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون اهل المحلة لانه
في يده فصار كما اذا كان في داره قال وان مرت دابة بين قريتين وعليها
قتيل فهو على اقربهما لما روي عن النبي عليه السلام انه اتي بقتيل وجد بين قريتين فامر ان يذرع
وعن عمر رضي الله عنه انه لما كتب اليه في القتيل الذي وجد بين وادعة وارحب كتب بان
يقيس بين قريتين فوجد القتيل الى وادعة اقرب فقضى عليهم بالقسامة قيل هذا محمول
على ما اذا كان بحيث يبلغ اهله الصوت لانه اذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث فيمكنهم
النصرة وقد قصروا قال وان وجد القتيل في دار انسان فالقسامة عليه لان الدار في يده
والدية على عاقلته لان نصرته منهم وقوته بهم قال ولا يدخل السكان في القسامة مع الملاك
عند ابي حنيفة رح وهو قول محمد رح وقال ابو يوسف رح هو عليهم جميعا لان ولاية التدبير

كما يكون

كما يكون بالملك يكون بالسكنى الا ترى انه عليه السلام جعل القسامة والدية على اليهود وان كانوا
سكانا بخيبر ولهما ان المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان لان سكنى الملاك الزم
وقرارهم ادوم فكانت ولاية التدبير اليهم فيتحقق التقصير منهم واما اهل خيبر فالنبي عليه السلام
اقرهم على املاكهم فكان يأخذ منهم على وجه الخراج قال وهو على اهل الخطة دون المشترين
وهذا قول ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف رح الكل مشتركون لان الضمان انما يجب
بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ وبهذا الطريق يجعل جانيا مقصرا والولاية باعتبار الملك
وقد استووا فيه ولهما ان صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف ولانه اصيل
والمشتري دخيل وولاية التدبير الى الاصيل وقيل ان ابا حنيفة رحمه الله بنى ذلك على ما
شاهد بالكوفة قال وان بقي واحد منهم فكذلك يعني من اهل الخطة لما بينا وان لم يبق واحد
منهم بان باعوا كلهم فهو على المشترين لان الولاية انتقلت اليهم او خلصت لهم لزوال
من يتقدمهم او يزاحمهم قال واذا وجد القتيل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل
العاقلة في القسامة ان كانوا حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار يكرر
عليه الايمان وهذا عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف لا قسامة على العاقلة لان
رب الدار اخص به من غيره فلا يشاركه فيها غيره كاهل المحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم
ولهما ان الحضور لزمتهم نصرة البقعة كما تلزم صاحب الدار فيشاركونه في القسامة قال
وان وجد القتيل في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لرجل وللآخر ما بقي فهو على رؤوس
الرجال لان صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير فكانوا سواء في الحفظ والتقصير فيكون
على عدد الرؤوس بمنزلة الشفعة قال ومن اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فهو
على عاقلة البائع وان كان في البيع خيار لاحدهما فهو على عاقلة الذي في يده وهذا
عند ابي حنيفة رح وقالا ان لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة المشتري وان كان فيه خيار
فعلى عاقلة الذي يصير له لانه انما انزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ فلا يجب الا على من
له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك ولهذا كانت الدية على عاقلة صاحب الدار
دون المودع والملك للمشتري قبل القبض في البيع البات وفي المشروط فيه الخيار يعتبر
قرار الملك كما في صدقة الفطر وله ان القدرة على الحفظ باليد لا بالملك الا يرى انه يقدر
على الحفظ باليد دون الملك ولا يقدر دون اليد وفي البات اليد للبائع قبل القبض وكذا

بالملك

قال فخر الاسلام في شرح زيادات اذا انكر العاقلة ان يكون الدار له وقالوا هي وديعة في يدك فالقول قولهم الا ان يقيم البينة على الملك لان الظاهر حجة للدفع لا للاستحقاق وقد احتجنا الى الاستحقاق ههنا فوجب اثباته بالبينة كمن طلب الشفعة بالجوار في دار بيعت فانكر المشتري الدار التي في يد المدعي ملكا له فانه لا يستحق الشفعة بيده عليها حتى يقيم البينة على الملك كذا ههنا

قال فلو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو اخص الناس به تصرفا ولو كان الخيار للبائع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فيعتبر يده اذ بها يقدر على الحفظ قال ومن كانت في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقل العاقلة حتى تشهد الشهود انها للذي في يده لانه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه واليد وان كانت دليلا على الملك ولكنها محتملة فلا تكفي لايجاب الدية على العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة به في الدار المشفوعة فلا بد من اقامة البينة قال وان وجد القتيل في سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين لانها في ايديهم واللفظ يشمل اربابها حتى تجب على الارباب الذين فيها وعلى السكان وكذا من يمدها والمالك في ذلك وغير المالك سواء وكذا العجلة وهذا على ما روي عن ابي يوسف ظاهر والفرق لهما ان السفينة تنقل وتحول فيعتبر فيها اليد دون الملك كما في الدابة بخلاف المحلة والدار لانها لا تنقل قال وان وجد في مسجد محلة فالقسامة على اهلها لان التدبير فيه اليهم وان وجد في المسجد الجامع او الشارع الاعظم فلا قسامة والدية على بيت المال لانه للعامة لا يختص به واحد منهم وكذلك الجسور العامة ومال بيت المال مال عامة المسلمين قال لو وجد في السوق ان كان مملوكا فعند ابي يوسف رحمه الله يجب على السكان وعندهما على المالك وان لم يكن مملوكا كالشوارع العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال لانه لجماعة المسلمين ولو وجد في السجن فالدية على بيت المال وعلى قول ابي يوسف الدية والقسامة على اهل السجن لانهم سكان وولاية التدبير اليهم والظاهر ان القتل حصل منهم وهما يقولان ان اهل السجن مقهورون فلا يتناصرون فلا يتعلق بهم ما يجب لاهل النصرة ولانه بني لاستيفاء حقوق المسلمين فاذا كان غنمه يعود اليهم فغرمه يرجع عليهم قالوا وهذه فريعة المالك والساكن وهي مختلف فيها بين ابي حنيفة وابي يوسف قال وان وجد في برية ليس بقربها عمارة فهو هدر وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع الصوت لانه اذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف بالتقصير وهذا اذا لم تكن مملوكة لاحد اما اذا كانت مملوكة لاحد فالقسامة والدية على عاقلته وان وجد بين قريتين كان على اقربهما على ما بيناه وان وجد في وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر لانه ليس في يد احد ولا في ملكه وان كان محتبسا بالشاطئ فهو على اقرب القرى من ذلك المكان على التفسير الذي تقدم لانه اخص بنصرة هذا الموضع فهو كالموضوع

قال الكرخي في مختصره اذا وجد القتيل في نهر جار صغير مما يقضي فيه الشفعة للشريك ففي عاقلة ارباب النهر ثم قال فيه بعد صفحة وان وجد في وسط الفرات او دجلة تجري به الماء فلا قسامة فيه ولا دية على احد وان وجد محتبسا في موضع من دجلة ولا دية على احد وان وجد محتبسا في موضع من دجلة او الفرات فعلى اقرب القرى من ذلك الموضع من حيث يسمع الصوت القسامة والدية الى ههنا لفظ الكرخي فعن هذا عرفت ان قيد الفرات في مختصر القدوري احتراز عن نهر صغير وكذا قيد الوسط احتراز عن ان يكون محتبسا في شط الفرات

على الشط والشط في يد من هو اقرب منه من القرى يستقون منه الماء ويوردون دوابهم فيها بخلاف النهر الذي يستحق به الشفعة لاختصاص اهلها به لقيام يدهم عليه فيكون القسامة والدية عليهم قال ومن ادعى الولي على واحد من اهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم وقد ذكرناه وفيه القياس والاستحسان وان ادعى على واحد من غيرهم سقط عنهم ووجه الفرق وهو ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر لانه منهم بخلاف ما اذا عين من غيرهم لان ذلك بيان ان القاتل ليس منهم وهم انما يغرمون اذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديرا حيث لم ياخذوا على يد الظالم ولان اهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين اظهرهم الا بدعوى الولي فاذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه قال واذا التقى قوم بالسيوف فاجلوا عن قتيل فهو على اهل المحلة لانه بين اظهرهم والحفظ عليهم الا ان يدعي الاولياء على اولئك او على رجل منهم بعينه فلم يكن على اهل المحلة شيء لان هذه الدعوى تضمنت براءة اهل المحلة عن القسامة قال ولا على اولئك حتى يقيموا البينة لان بمجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث الذي رويناه انما يسقط به الحق عن اهل المحلة لان قوله حجة على نفسه قال وان وجد القتيل في معسكر اقاموا بفلاة من الارض لا ملك لاحد فيها فان وجد في خباء او فسطاط فعلى من يسكنها الدية والقسامة وان كان خارجا من الفسطاط فعلى اقرب الاخبية اعتبارا لليد عند انعدام الملك وان كان القوم لقوا قتالا ووجد قتيل بين اظهرهم فلا قسامة ولا دية لان الظاهر ان العدو قتله فكان هدرا وان كان للارض مالك فالعسكر كالسكان فيجب على المالك عند ابي حنيفة خلافا لابي يوسف وقد ذكرناه واذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا غير فلان لانه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل ويحلف على ما ذكرنا لانه لما اقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين فبقي حكم من سواه فيحلف عليه قال واذا شهد اثنان من اهل المحلة على رجل من غيرهم انه قتله لم تقبل شهادتهم وهذا عند ابي حنيفة وقالا تقبل لانهم كانوا بعرضية ان يصيروا خصماء وقد بطلت العرضية بدعوى الولي القتيل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة وله انهم خصماء بانزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا من جملة الخصوم كالوصي اذا خرج عن الوصاية بعد ما قبلها ثم شهد

قال رضي الله عنه وعلى الاصلين يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس قال ولو
ادعى على واحد من اهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من اهلها عليه لم تقبل الشهادة
لان الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه والشاهد يقطعها عن نفسه لانهم خرجوا
منها وعن ابي يوسف ان الشهود يحلفون بالله ما قتلناه ولا يزادون على ذلك
لانهم اخبروا انهم عرفوا القاتل قال ومن جرح في قبيلة فنقل الى اهله فمات من تلك الجراحة
فان كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقال ابو يوسف لا ضمان فيه ولا قسامة لان الذي حصل في القبيلة او المحلة ما دون النفس
ولا قسامة فيه فصار كما اذا لم يكن صاحب فراش وله ان الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا
ولهذا وجب القصاص فان كان صاحب فراش اضيف اليه وان لم يكن احتمل ان يكون
الموت من غير جرح فلا يلزم من غير شك قال ولو ان رجلا معه جريح به رمق حمله انسان الى اهله
فمكث يوما او يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله الى اهله في قول ابي يوسف وفي قياس
قول ابي حنيفة رحمه الله يضمن لان يده بمنزلة اهل المحلة فوجوده جريحا في يده كوجوده
فيها وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله من مسئلة القبيلة ولو وجد الرجل قتيلا في دار
نفسه فديته على عاقلته لورثته عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد وزفر رحمهم الله
لا شيء فيه لان الدار في يده حين وجد الجريح فيجعل كانه قتل نفسه فيكون هدرا وله
ان القسامة انما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك
وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم بخلاف المكاتب اذا وجد قتيلا في دار
نفسه لان حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه فيصير كانه قتل نفسه فيهدر دمه
قال ولو ان رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث وجد احدهما مذبوحا قال
ابو يوسف رحمه الله يضمن الآخر الدية وقال محمد رحمه الله لا يضمنه لانه يحتمل انه قتل نفسه ويحتمل انه
قتله الآخر فلا يضمنه بالشك ولابي يوسف ان الظاهر ان الانسان لا يقتل
نفسه فكان التوهم ساقطا كما اذا وجد قتيل في محلة قال ولو وجد قتيل في قرية
لامرأة فعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله القسامة عليها تكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها
اقرب القبائل اليها في النسب وقال ابو يوسف رحمه الله القسامة على العاقلة ايضا لان
القسامة انما تجب على من كان من اهل النصرة والمرأة ليست من اهلها فاشبهت

الصبي

الصبي ولهما ان القسامة لنفي التهمة وتهمة القتل من المرأة متحققة قال المتاخرون ان المرأة
تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة لانا انزلناها قاتلة والقاتل يشارك العاقلة
قال ولو وجد قتيلا في ارض رجل الى جانب قرية ليس صاحب الارض من اهلها قال
هو على صاحب الارض لانه احق بنصرة ارضه من اهل القرية

كتاب المعاقل

المعاقل جمع معقلة وهي الدية وتسمى الدية عقلا لانها تعقل الدماء من ان تسفك اي تمسك
قال والدية في شبه العمد والخطا وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة والعاقلة الذين يعقلون
يعني يؤدون العقل وهو الدية وقد ذكرناه في الديات والاصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام
في حديث حمل بن مالك للاولياء قوموا فدوه ولان النفس محترمة لا وجه الى الاهدار والخاطئ
معذور وكذا الذي تولى شبه العمد نظرا الى الآلة فلا وجه الى ايجاب العقوبة عليه وفي ايجاب
مال عظيم اجحافه واستئصاله فيصير عقوبة فيضم اليه العاقلة تحقيقا للتخفيف وانما خصوا بالضم
لانه انما قصر لقوة فيه وتلك بانصاره وهم العاقلة وكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته
فخصوا به قال والعاقلة اهل الديوان ان كان القاتل من اهل الديوان يؤخذ من عطاياهم في ثلث
سنين واهل الديوان هم اهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت اساميهم في الديوان
وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله الدية على اهل العشيرة لانه كان كذلك على عهد
النبي صلى الله عليه وسلم ولا نسخ بعده ولانه صلة والاولى بها الاقارب ولنا قضية
عمر رضي الله عنه فانه لما دون الدواوين جعل العقل على اهل الديوان وكان ذلك بمحضر من الصحابة
رضي الله عنهم من غير نكير منهم وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لان العقل كان على اهل النصرة
وقد كانت بانواع القرابة والعد والولاء والحلف والعلبة وفي عهد عمر رضي الله عنه قد صارت
بالديوان فجعلها على اهله اتباعا للمعنى ولهذا قالوا لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف
فعاقلتهم اهل الحرفة وان كان بالحلف فاهله والدية صلة كما قال لكن ايجابها فيما هو صلة وهو
العطاء اولى منه في اصول اموالهم والتقدير بثلث سنين مروي عن النبي عليه السلام ومحكي
عن عمر رضي الله عنه ولان الاخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة مرة
واحدة وان خرجت العطايا في اكثر من ثلث سنين او اقل اخذ منها لحصول المقصود وتاويله
اذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت
بعد القضاء لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء على ما نبين ان شاء الله تعالى قال ولو خرج للقاتل

قوله ان القياس يأباه اي يأبى التأجيل لان الاجل لاجل التخفيف

ثلث عطايا في سنة واحدة معناه في المستقبل يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا قال
وإذا كان جميع الدية في ثلث سنين فكل ثلث منها في سنة وإذا كان الواجب بالقتل
ثلث دية النفس أو أقل كان في سنة واحدة وما زاد على الثلث إلى تمام الثلثين في السنة
الثانية قال وما وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل بأن قتل الأب ابنه عمدا فهو في ماله
في ثلث سنين وقال الشافعي ما وجب على القاتل في ماله فهو حال لأن التأجيل للتخفيف
لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض ولنا أن القياس يأباه والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعداه
قال ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى عاقلة كل واحد عشر الدية في ثلث سنين اعتبارا للجزء
بالكل إذ هو بدل النفس وإنما يعتبر مدة ثلث سنين من وقت القضاء بالدية لأن الواجب
الأصلي المثل والتحول إلى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤها من وقته كما في ولد المغرور قال ومن لم يكن
من أهل الديوان فعاقلته قبيلته لأن نصرته بهم وهي المعتبرة في التعاقل قال وتقسم عليهم
في ثلث سنين لا يزاد الواحد على أربعة دراهم في كل سنة وينقص منها قال رضي الله عنه
كذا ذكره القدوري في مختصره وهذا إشارة إلى أنه يزاد على أربعة من جميع الدية
وقد نص محمد على أنه لا يزاد على كل واحد من جميع الدية في ثلث سنين على ثلثة أو أربعة فلا يؤخذ
من كل واحد في كل سنة إلا درهم أو درهم وثلث درهم وهو الأصح قال وإن لم تتسع
القبيلة لذلك ضم إليهم أقرب القبائل معناه نسبا كل ذلك لمعنى التخفيف ويضم الأقرب فالأقرب
على ترتيب العصبات الإخوة ثم بنوهم ثم الأعمام ثم بنوهم وأما الآباء والأبناء فقيل
يدخلون لقربهم وقيل لا يدخلون لأن الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد أكثر من ثلثة أو أربعة وهذا المعنى إنما يتحقق
عند الكثرة والآباء والأبناء لا يكثرون وعلى هذا حكم أهل الرايات إذا لم تتسع لذلك
أهل راية ضم إليهم أقرب الرايات يعني أقربهم نصرة إذا حزبهم أمر الأقرب فالأقرب ويفوض
ذلك إلى الإمام لأنه هو العالم به ثم هذا كله عندنا وعند الشافعي يجب على كل واحد
نصف دينار فيسوي بين الكل لأنه صلة فيعتبر بالزكوة وأدناها ذلك إذ خمسة دراهم عندهم
نصف دينار ولكنا نقول هي أحط رتبة منها ألا يرى أنه لا يؤخذ من أصل المال فينقص منها
تحقيقا لزيادة التخفيف قال ولو كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق يقضى بالدية في أرزاقهم في ثلث
سنين في كل سنة الثلث لأن الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه إذ كل منهما صلة من بيت المال
ثم ينظر إن كانت أرزاقهم تخرج في كل سنة فكما يخرج رزق يؤخذ الثلث بمنزلة العطايا وإن كان

يخرج

وما زاد على ذلك الى تمام الدية في السنة الثالثة

لقربهم وقيل لا يدخلون

بلغ مقابلة

وخرج بعد القضاء يؤخذ منه بحسابه من الدية وان كان يخرج في كل شهر

يخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث
قال وإن خرج بعد القضاء بيوم أو أكثر أخذ من رزق ذلك الشهر بحصته الشهر قال وإن كانت
لهم أرزاق كل شهر وأعطية في كل سنة فرضت الدية في الأعطية دون الأرزاق لأنه أيسر إما لأن
الأعطية أكثر وإما لأن الرزق لكفاية الوقت فيتعسر الأداء منه والأعطيات ليكونوا في الديوان
قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم قال وأدخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدي كأحدهم لأنه هو
الفاعل فلا معنى لإخراجه ومؤاخذة غيره وقال الشافعي لا يجب على القاتل شيء من الدية
اعتبارا للجزء بالكل في النفي عنه والجامع كونه معذورا قلنا إيجاب الكل إجحاف به ولا كذلك إيجاب
الجزء ولو كان الخاطئ معذورا فالبريء منه أولى قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى قال
وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل لقول عمر رضي الله عنه لا يعقل مع العاقلة صبي
ولا امرأة ولأن العقل إنما يجب على أهل النصرة لتركهم مراقبته والناس لا يتناصرون بالنساء والصبيان
ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهي الجزية وعلى هذا لو كان القاتل صبيا أو امرأة لا شيء
عليهما من الدية بخلاف الرجل لأن وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار أنه أحد العواقل لأنه ينصر نفسه
وهذا لم يوجد فيهما والفرض لهما من العطاء للمعونة لا للنصرة كفرض أزواج النبي عليه السلام قال ولا يعقل
أهل مصر عن أهل مصر آخر يريد به إذا كان لأهل كل مصر ديوان على حدة لأن التناصر بالديوان عند وجوده
ولو كان باعتبار القرب في السكنى فأهل مصره أقرب إليه من أهل مصر آخر قال ويعقل أهل كل مصر
من أهل سوادهم لأنهم أتباع لأهل المصر فإنهم إذا حزبهم أمر استنصروا بهم فيعقلهم أهل المصر
باعتبار معنى القرب والنصرة قال ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه أهل الكوفة
لأنه يستنصر بأهل ديوانه لا بجيرانه والحاصل أن الاستنصار بالديوان أظهر فلا يظهر معه حكم النصرة
بالقرابة والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بيناه وعلى هذا
يخرج كثير من مسائل المعاقل قال ومن جنى جناية من أهل المصر وليس له في الديوان عطاء وأهل البادية
أقرب إليه ومسكنه المصر عقل عنه أهل الديوان من ذلك المصر ولم يشترط أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابة
وقيل هو صحيح لأن الذين يذبون عن أهل المصر ويقومون بنصرتهم أهل الديوان من أهل المصر ولا يخصون
به أهل العطاء وقيل تأويله إذا كان قريبا لهم وفي الكتاب إشارة إليه حيث قال وأهل البادية
أقرب إليه من أهل المصر وهذا لأن الوجوب بحكم القرابة وأهل المصر أقرب منهم مكانا فكانت القدرة
على النصرة لهم وصار نظير مسئلة الغيبة المنقطعة قال ولو كان البدوي نازلا في المصر لا مسكن له فيه

لا يعقله اهل المصر لان اهل العطاء لا يتناصرون بمن لا مسكن له فيه كما ان اهل البادية لا يعقل عن اهل المصر النازل فيهم لانه لا يستنصر بهم فان كان لاهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل احدهم قتيلا فديته على عاقلته بمنزلة المسلم لانهم التزموا احكام الاسلام في المعاملات لا سيما في المعاني العاصمة عن الاضرار ومعنى التناصر موجود في حقهم وان لم يكن لهم عاقلة معروفة فالدية في ماله في ثلث سنين من يوم يقضى بها عليه كما في حق المسلم لما بينا ان الوجوب على القاتل وانما يتحول عنه الى العاقلة ان لو وجدت فاذا لم توجد بقيت عليه بمنزلة تاجرين مسلمين في دار الحرب قتل احدهما صاحبه يقضى بالدية عليه في ماله لان اهل دار الاسلام لا يعقلون عنه وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم قال ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر لعدم التناصر والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر كله ملة واحدة قالوا هذا اذا لم تكن المعاداة فيما بينهم ظاهرة اما اذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغي ان لا يعقل بعضهم عن بعض وهكذا عن ابي يوسف لانقطاع التناصر ولو كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه الى البصرة ثم رفع الى القاضي فانه يقضي بالدية على عاقلته من اهل البصرة وقال زفر يقضي على عاقلته من اهل الكوفة وهو رواية عن ابي يوسف لان الموجب هو الجناية وقد تحققت وعاقلته اهل الكوفة وصار كما اذا حول بعد القضاء ولنا ان المال انما يجب عند القضاء لما ذكرنا ان الواجب هو المثل وبالقضاء ينتقل الى المال وكذا الوجوب على القاتل وتتحمل عنه عاقلته واذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء بخلاف ما بعد القضاء لان الوجوب قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة لانها تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم اليهم اقرب القبائل في النسب لان في النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضي به عليهم فكان فيه تقرير حكم الاول لا ابطاله وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضي بالدية على اهل البصرة ولو كان قضي بها على اهل الكوفة لم ينتقل عنهم وكذا البدوي اذا الحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى بالدية على اهل الديوان وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم وهذا بخلاف ما اذا كان قوم من اهل البادية قضي عليهم بالدية في اموالهم في ثلث سنين ثم جعلهم الامام في العطاء حيث تصير الدية في اعطياتهم وان كان قضي بها اول مرة

في اموالهم لانه ليس فيه نقض قضاء الاول لانه قضي بها في اموالهم واعطياتهم اموالهم غير ان الدية تقضى من ايسر الاموال اداء والاداء من العطاء ايسر اذا صاروا من اهل العطاء الا اذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضي به عليه بان كان القضاء بالابل والعطاء دراهم فحينئذ لا يتحول الى الدراهم ابدا لما فيه من ابطال القضاء الاول لكن يقضى من مال العطاء لانه ايسر قال وعاقلة المعتق قبيلة مولاه لان النصرة بهم ويؤيد ذلك قوله عليه السلام مولى القوم منهم قال ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته لانه ولاء يتناصر به فاشبه ولاء العتاقة وفيه خلاف الشافعي وقد مر في الولاء قال ولا تعقل العاقلة اقل من نصف عشر الدية وتتحمل نصف العشر فصاعدا والاصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا الى النبي لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة وارش الموضحة نصف عشر بدل النفس ولان التحمل للتحرز عن الاجحاف في القليل وانما هو في الكثير والتقدير الفاصل عرف بالسمع وما نقص من ذلك يكون في مال الجاني والقياس فيه التسوية بين القليل والكثير فيجب الكل على العاقلة كما ذهب اليه الشافعي او التسوية في ان لا يجب شيء على العاقلة الا انا تركناه بما روينا وبما روي ان النبي عليه السلام اوجب ارش الجنين على العاقلة وهو نصف عشر بدل النفس على ما مر في الديات فما دونه يسلك به مسلك الاموال لانه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم فلهذا كان في مال الجاني اخذا بالقياس قال ولا تعقل العاقلة جناية العبد ولا ما لزم بالصلح او باعتراف الجاني لما روينا ولانه لا يتناصر بالعبد والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم قال الا ان يصدقوه لانه ثبت بتصادقهم والامتناع كان لحقهم ولهم ولاية على انفسهم قال ومن اقر بقتل خطاء ولم يرفعوا الى القاضي الا بعد سنين قضي عليه بالدية في ماله في ثلث سنين من يوم يقضى لان التأجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة ففي الثابت بالاقرار اولى ولو تصادق القاتل وولي الجناية على ان قاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالكوفة بالبينة وكذبهما العاقلة فلا شيء على العاقلة لان تصادقهما ليس بحجة عليهم ولم يكن عليه شيء في ماله لان الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء وتصادقهما حجة في حقهما بخلاف الاول الا ان يكون عطاء معهم فحينئذ يلزمه بقدر حصته لانه في حق حصته مقر على نفسه وفي حق العاقلة مقر عليهم قال واذا جنى الحر على العبد فقتله خطاء كان على عاقلته لانه بدل النفس على ما عرف من اصلنا وفي احد قولي الشافعي يجب في ماله لانه بدل المال عنده ولهذا يوجب قيمته

بالعقل ما يعجف قال وما دون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال
عندنا على ما عرف وفي احد قوليه يتحمل كما في الحر وقد مر من قبل قال اصحابنا رضي الله عنهم ان القاتل
اذا لم تكن له عاقلة فالدية في بيت المال لان جماعة المسلمين هم اهل نصرته وليس بعضهم
اخص من بعض بذلك ولهذا اذا مات كان ميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم
بيت المال وعن ابي حنيفة رواية شاذة ان الدية في ماله ووجهه ان الاصل ان الدية
تجب على القاتل لانه بدل متلف والاتلاف منه الا ان العاقلة تتحملها تحقيقا للتخفيف
على ما مر فاذا لم تكن له عاقلة عاد الحكم الى الاصل قال وابن الملاعنة تعقله عنه عاقلة امه
لان نسبه ثابت منها من يوم يقضي القاضي لعاقلة الام على عاقلة الاب لانه تبين ان الدية
واجبة عليهم لان عند الاكذاب ظهر ان النسب لم يزل كان ثابتا من الاب حيث بطل اللعان
بالاكذاب ومتى ظهر من الاصل فقوم الام تحملوا ما كان واجبا على قوم الاب فيرجعون عليهم لانهم
مضطرون في ذلك وكذلك اذا مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر فلم تؤد كتابته
حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم امه ثم اديت الكتابة لانه عند الاداء يتحول ولاؤه الى قوم
ابيه من وقت حرية الاب وهو آخر جزء من اجزاء حياته فيتبين ان قوم الام عقلوا عنهم فيرجعون
عليهم وكذلك اذا امات المكاتب عن وفاء رجل امر صبيا بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت
بها على عاقلة الآمر ان كان الامر ثبت بالبينة وفي مال الآمر ان كان ثبت باقراره في ثلث سنين
من يوم يقضي بها القاضي على العاقلة او على الآمر لان الديات وجبت مؤجلة بطريق التيسير قال رضي
الله عنه وهذه مسائل ذكرها محمد رحمه الله متفرقة والاصل الذي تخرج عليه ان يقال حال القاتل اذا تبدل
حكما فانتقل ولاؤه الى ولاء بسبب حادث لم ينتقل جنايته عن الاول قضي بها او لم يقض وان
ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعنة حولت الجناية وقع القضاء بها او لم يقع ولو لم يختلف
حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء فان كان قضي بها على الاولى
لم ينتقل الى الثانية وان لم يكن قضي بها على الاولى فانه يقضي بها على الثانية وان كانت
العاقلة واحدة فلحقها زيادة او نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده الا فيما سبق اداؤه
فمن احكم هذا الاصل متأملا يمكنه التخريج فيما ورد عليه

كتاب الوصايا باب في صفة الوصية ما يجوز
من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه قال رضي الله عنه الوصية غير واجبة وهي مستحبة والقياس يأبى جوازها لانه تمليك
مضاف الى حال زوال مالكيته ولو اضيف الى حال قيامها بان قال ملكتك غدا كان باطلا فهذا اولى

الا انا استحسنا

الا انا استحسناه لحاجة الناس اليها فان الانسان مغرور باملة مقصر في عمله فاذا عرض له المرض وخاف
البيان يحتاج الى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المآلي ولو انهضه
البرء يصرفه الى مطلبه الحالي وفي شرع الوصية ذلك فشرعناه ومثله في الاجارة بيناه وقد تبقى المالكية
بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية
يوصي بها او دين والسنة وهو قوله عليه السلام ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث اموالكم في آخر
اعماركم زيادة لكم في اعمالكم تضعونها حيث شئتم او قال حيث احببتم وعليه اجماع الامة ثم انه تصح
للاجنبي في الثلث من غير اجازة الوصي لما روينا وسنبين ما هو الافضل فيه ان شاء الله تعالى
قال ولا تجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه السلام في حديث سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه الثلث والثلث
كثير بعد ما نفى وصيته بالكل والنصف ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه
عن المال فاوجب تعلق حقهم به الا ان الشرع لم يظهره في حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك
تقصيره على ما بيناه واظهره في حق الورثة لان الظاهر انه لا يتصدق به
عليهم تحرزا عما يتفق من الايثار على ما نبينه وقد جاء في الحديث الجنف في الوصية من اكبر الكبائر وفسروه
بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث قال الا ان يجيزه الورثة بعد موته وهم كبار
لان الامتناع لحقهم وهم اسقطوه ولا معتبر باجازتهم في حال حياته لانها قبل ثبوت
الحق اذ الحق يثبت عند الموت فكان لهم ان يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد
الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم ان يرجعوا عنه لان الساقط متلاش غاية الامر انه
يستند عند الاجازة لكن الاستناد يظهر في حق القائم وهذا قد مضى وتلاشى
ولان الحقيقة تثبت عند الموت وقبل الموت يثبت مجرد الحق فلو استند من كل وجه ينقلب حقيقة
قبله والرضا ببطلان الحق لا يكون رضا ببطلان الحقيقة وكذلك اذا كانت الوصية للوارث
واجازه البقية فحكمه ما ذكرناه وكل ما جاز باجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي
عندنا وعند الشافعي من قبل الوارث والصحيح قولنا لان السبب قد صدر من الموصي والاجازة
رفع المانع وليس من شرطه القبض وصار كالمرتهن اذا اجاز بيع الراهن قال ولا تجوز للقاتل
عمدا كان او خطأ بعد ان كان مباشرا لقوله عليه السلام لا وصية للقاتل ولانه استعجل ما
اخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث وقال الشافعي تجوز للقاتل
اذا اوصى لرجل ثم انه قتل الموصي تبطل الوصية عندنا وعنده لا تبطل والحجة عليه ما ذكرنا

مابيناه ولو اجازتها الورثة جاز عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا يجوز
لان جنايته باقية والامتناع لاجلها ولهما ان الامتناع لحق الورثة لان نفع بطلانها
يعود اليهم كنفع بطلان الميراث ولانهم لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها لاحدهم قال
ولا تجوز لوارثه لقوله عليه السلام ان الله تعالى اعطى كل ذي حق حقه الا لا وصية للوارث
ولانه يتاذى البعض بايثار البعض ففي تجويزه قطيعة للرحم ولانه حيف بالحديث الذي رويناه
ويعتبر كونه وارثا او غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لانه تمليك مضاف الى ما بعد
الموت وحكمه يثبت بعد الموت والهبة من المريض هذا نظير الوصية لانه وصية حكما حتى ينفذ
من الثلث واقرار المريض للوارث على عكسه لانه تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت الاقرار
الا ان يجيزه الورثة ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه ولان الامتناع لحقهم فتجوز باجازتهم
قال ولو اجاز بعض ورد بعض تجوز على المجيز بقدر حصته لولايته عليه وبطل في حق الراد
قال ويجوز ان يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم فالاول لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين
لم يقاتلوكم في الدين الآية والثاني لانهم بعقد الذمة ساووا المسلمين في المعاملات ولهذا
جاز التبرع من الجانبين في حالة الحيوة وكذا بعد الممات وفي الجامع الصغير الوصية لاهل
الحرب باطلة لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية قال وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له
في حال حيوته او ردها فذلك باطل لان اوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر
قبل العقد قال ويستحب ان يوصي الانسان بدون الثلث سواء كانت الورثة اغنياء او فقراء لان
في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم بخلاف استكمال الثلث لانه استيفاء تمام حقه فلا صلة
ولا منة ثم الوصية باقل من الثلث اولى ام تركها قالوا اذا كانت الورثة فقراء ولا يستغنون
بما يرثون فالترك اولى لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه السلام افضل الصدقة على ذي الرحم
الكاشح ولان فيه رعاية الفقير والقرابة جميعا وان كانوا اغنياء او يستغنون بنصيبهم
فالوصية اولى لانه يكون صدقة على الاجنبي والترك هبة من القريب والاولى
ان يبتغي بها وجه الله تعالى وقيل في هذا الوجه يخير لاشتمال كل منهما على فضيلة وهي الصدقة
او الصلة فيتخير بين الخيرين قال والموصى به يملك بالقبول خلافا لزفر رح وهو احد قولي الشافعي
هو يقول ان الوصية اخت الميراث اذ كل منهما خلافة لما انه انتقال ثم الارث يثبت من غير
قبول فكذا الوصية ولنا ان الوصية اثبات ملك جديد ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا

احدا

احدا اثبات الملك لغيره اما الوراثة خلافة حتى يثبت فيه هذه الاحكام فيثبت جبرا من الشرع
من غير قبول الا في مسئلة واحدة وهو ان يموت الموصي ثم يموت الموصى له من غير قبول فيدخل الموصى به في ملك
ورثته استحسانا والقياس ان تبطل الوصية لما بينا ان الملك موقوف على القبول فصار
كموت المشتري قبل قبوله بعد ايجاب البائع وجه الاستحسان ان الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته
تماما لا يلحقه الفسخ من جهته وانما توقفت لحق الموصى له فاذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط
فيه الخيار للمشتري اذا مات قبل الاجازة قال ومن اوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية
لان الدين مقدم على الوصية لانه اهم الحاجتين فانه فرض والوصية تبرع ابدا تبدأ بالاهم
فالاهم الا ان يبرئه الغرماء لانه لم يبق الدين فتنفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته اليها قال
ولا تصح وصية الصبي وقال الشافعي رح تصح اذا كان في وجوه الخير لان عمر رضي الله اجاز وصية
يفاع او يافع وهو الذي راهق الحلم ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى ولو لم ينفذ يبقى
على غيره ولنا انه تبرع والصبي ليس من اهله ولان قوله غير ملزم وفي تصحيح وصيته قول بالزام
قوله والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالحلم مجازا او كانت وصيته في تجهيزه وامر دفنه
وذلك جائز عندنا وهو يحرز الثواب بتركه على ورثته كما بيناه والمعتبر في النفع والضرر النظر
الى اوضاع التصرفات لا الى ما يتفق بحكم الحال اعتبره بالطلاق فانه لا يملكه ولا وصيه وان كان
يتفق نافعا في بعض الاحوال وكذا اذا اوصى ثم مات بعد الادراك لعدم الاهلية وقت المباشرة
وكذا اذا قال اذا ادركت فثلث مالي لفلان لا تصح وصيته لقصور اهليته فلا يملكه تنجيزا او تعليقا
كما في الطلاق والعتاق بخلاف العبد والمكاتب لان اهليتهما مستتمة والمانع حق المولى فتصح
اضافته الى حال سقوطه قال ولا تصح وصية المكاتب وان ترك وفاء لان ماله لا يقبل
التبرع وقيل لا يصح على قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يصح اذا اضافها الى ما بعد العتق لقوله كل مملوك
املكه فيما استقبل فهو حر ثم عتق فملك والخلاف فيها معروف عرف في موضعه قال ويجوز الوصية
للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية اما الاول فلان الوصية استخلاف
من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله والجنين صلح خليفة في الارث فكذا في الوصية اذ هي اخته الا انه
يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك بخلاف الهبة لانه تمليك محض ولا ولاية لاحد عليه ليملكه شيئا
واما الثاني فلانه بعرض الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية وبابها اوسع
لحاجة الميت وعجزه ولهذا تصح في غير الموجود كالثمرة فلان تصح في الموجود اولى قال ويصح

للموصي الرجوع عن الوصية لانه تبرع لم يتم فجاز الرجوع فيه كالهبة وقد حققناه في كتاب
الهبة ولان القبول يتوقف على الموت والايجاب يصح ابطاله قبل القبول كما في البيع قال واذا
صرح بالرجوع او فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعا اما الصريح فظاهر فكذا الدلالة لانها تعمل
عمل الصريح فقامت مقام قوله قد ابطلت فصار كالبيع بشرط الخيار فانه يبطل الخيار فيه بالدلالة
ثم كل فعل لو فعله الانسان في ملك الغير ينقطع به حق المالك فاذا فعله الموصي كان رجوعا وقد عددنا
هذه الافاعيل في كتاب الغصب وكل فعل يوجب زيادة في الموصى به ولا يمكن تسليم العين الا بها
فهو رجوع اذا فعله مثل السويق يلته بالسمن والدار يبني فيها الموصي والقطن يحشو به والبطانة
يبطن بها والظهارة يظهر بها لانه لا يمكن تسليمه بدون الزيادة ولا يمكن نقضها لانه حصل
في ملك الموصي من جهته بخلاف تجصيص الدار الموصى بها وهدم بنائها لانه تصرف في التابع
وكل تصرف اوجب زوال ملك الموصي فهو رجوع كما اذا باع العين الموصى بها ثم اشتراه
او وهبه ثم رجع فيه لان الوصية لا تنفذ الا في ملكه فاذا ازاله كان رجوعا وذبح الشاة
الموصى بها رجوع لانه للصرف الى حاجته عادة فصار بهذا المعنى اصلا وغسل الثوب
الموصى به لا يكون رجوعا لان من اراد ان يعطي ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريرا قال ومن
جحد الوصية لم يكن رجوعا كذا ذكره محمد رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله يكون رجوعا لان الرجوع نفي في الحال
والجحود نفي في الماضي والحال فاولى ان يكون رجوعا ولمحمد رحمه الله ان الجحود نفي في الماضي والانتفاء
في الحال ضرورة ذلك واذا كان ثابتا في الحال كان الجحود لغوا او لان الرجوع اثبات في الماضي
ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح
فرقة ولو قال كل وصية اوصيت بها لفلان فهو حرام وربا لا يكون رجوعا لان الوصف يستدعي
بقاء الاصل بخلاف ما اذا قال فهي باطلة لانه الذاهب المتلاشي ولو قال اخرتها لا يكون
رجوعا لان التاخير ليس للسقوط كتاخير الدين بخلاف ما اذا قال تركت لانه اسقاط
ولو قال العبد الذي اوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا لان اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف ما اذا اوصى به
لرجل ثم اوصى به لآخر لان المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها وكذا اذا قال فهو لفلان وارثي
يكون رجوعا عن الاول لما بينا ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا حكمه ولو كان فلان الآخر
حين اوصى ميتا فالوصية الاولى باطلة على حالها لان الوصية الاولى انما تبطل ضرورة كونها للثاني
ولم يتحقق فبقي للاول ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل موت الموصي فهي للورثة

ببطلان

ببطلان الوصيتين اي الاولى بالرجوع والثانية بالموت والله الموفق وهو المستعان

باب الوصية بثلث المال

ومن اوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز
الورثة فالثلث بينهما لانه يضيق الثلث عن حقيهما اذ لا يزاد عليه عند عدم الاجازة
على ما تقدم وقد تساويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والمحل يقبل
الشركة فيكون بينهما وان اوصى لاحدهما بالثلث ولآخر بالسدس فالثلث بينهما
اثلاثا لان كل واحد منهما يدلي بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقيهما فيقتسمانه على
قدر حقيهما كما في اصحاب الديون فيجعل الاقل بينهما فصار ثلثه سهم لصاحب
الاقل وسهمان لصاحب الاكثر وان اوصى لاحدهما بجميع ماله ولآخر بثلث ماله
ولم تجز الورثة فالثلث بينهما على اربعة عندهما وقال ابو حنيفة رحمه الله للموصى له بما زاد على
الثلث الا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة لهما في الخلافية ان الموصي قصد شيئين
الاستحقاق والتفضيل فامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في المحاباة
واختيها وله ان الوصية وقعت لغير المشروع عند عدم الاجازة من الورثة اذ لا نفاذ لها
بحال فيبطل اصلا والتفضيل يثبت في ضمن الاستحقاق فيبطل ببطلانه كما في المحاباة الثابتة
في ضمن البيع بخلاف مواضع الاجماع لان لها نفاذا في الجملة بخلاف ما نحن فيه وبخلاف
ما اذا اوصى بعين من تركته قيمتها تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث وان احتمل ان يزيد المال
فيخرج من الثلث لان هناك الحق تعلق بعين التركة بدليل انه لو هلك واستفاد مالا
آخر تبطل الوصية وفي الالف المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بالعين
فما تعلق به حق الورثة قال واذا اوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة ولو اوصى بمثل نصيب ابنه
جاز لان الاول وصية بمال الغير لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت والثاني بمثل نصيب
الابن ومثل الشيء غيره وان كان يتقدر به فيجوز وقال زفر رحمه الله يجوز في الاول ايضا نظرا الى
الحال والكل ماله فيه والجواب ما قلناه قال ولو اوصى بسهم من ماله فله اخس سهام
الورثة الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا له مثل نصيب احد الورثة لان السهم يراد به احد سهام الورثة عرفا لا سيما في
الوصية والاقل متيقن به فيصرف اليه الا اذا زاد على الثلث فيرد اليه لانه لا مزيد عليه
عند عدم اجازة الورثة وله ان السدس هو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه الى النبي

فيما يروى ولانه يذكر ويراد به السدس فان اياسا قال السهم في اللغة عبارة عن السدس
ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى ما ذكرنا قالوا هذا كان في عرفهم وفي عرفنا
السهم كالجزء قال ولو اوصى بجزء من ماله قيل للورثة اعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل
والكثير غير ان الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فاليهم البيان
ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في غيره سدس مالي لفلان فله سدس واحد لان
السدس ذكر معرفا بالاضافة الى المال والمعرفة اذا اعيدت يكون عين الاول هو المعهود في اللغة
قال ومن اوصى بثلث دراهمه او بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك فبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي
من ماله فله جميع ما بقي وقال زفر رح له ثلث ما بقي لان كل واحد منهما مشترك بينهم والمال
المشترك يتوى ما توى منه على الشركة ويبقى ما بقي عليها وصار كما اذا كانت التركة اجناسا
مختلفة ولنا ان في الجنس الواحد يمكن جمع حق احدهم في الواحد ولهذا يجري فيه الجبر على
القسمة وفيه جمع والوصية مقدمة فجمعناها في الواحد الباقي وصارت الدراهم كالدرهم
بخلاف الاجناس المختلفة لانه لا يمكن الجمع فيها جبرا فكذا تقديما قال ومن اوصى بثلث ثيابه
فهلك ثلثاها وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق الا ثلث ما بقي من الثياب
قالوا هذا اذا كانت الثياب من اجناس مختلفة ولو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم
وكذا المكيل والموزون بمنزلتها لانه يجري فيه الجمع جبرا بالقسمة قال ولو اوصى بثلث ثلاثة
من رقيقه فمات اثنان لم يكن له الا ثلث الباقي وكذا الدور المختلفة وقيل هذا
قول ابي حنيفة رح وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة فيها وقيل هو قول الكل لان
عندهما للقاضي ان يجتهد ويجمع وبدون ذلك يتعذر الجمع والاول اشبه للفقه المذكور
فيه قال ومن اوصى لرجل بالف درهم وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث
العين دفع الى الموصى له لانه امكن ايفاء كل ذي حق حقه من غير بخس فيصار اليه وان لم يخرج
دفع اليه ثلث العين وكلما خرج شيء من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفي الالف لان الموصى له
شريك الوارث وفي تخصيصه بالعين بخس في حق الورثة لان للعين فضلا على الدين لان الدين
ليس بمال في مطلق الحال وانما يصير مالا عند الاستيفاء فانما يعتدل النظر بما ذكرناه قال ومن
اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فاذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد لان الميت ليس باهل للوصية

فلا يزاحم

فلا يزاحم الحي الذي هو من اهلها كما اذا اوصى لزيد وجدار وعن ابي يوسف رح انه اذا لم يعلم
بموته فله نصف الثلث لان الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يرض للحي الا بنصف الثلث
بخلاف ما اذا علم بموته لان الوصية لعمرو لغو فكان راضيا بكل الثلث للحي ولو قال ثلث مالي
بين زيد وعمرو وزيد ميت كان لعمرو نصف الثلث لان قضية هذا اللفظ ان يكون لكل
منهما نصف الثلث بخلاف ما تقدم الا ترى ان من قال ثلث مالي لفلان وسكت كان
له كل الثلث ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث قال ومن اوصى
بثلث ماله ولا مال له فاكتسب مالا استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت لان الوصية
عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده فيشترط وجود المال عند الموت
لا قبله وكذا اذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالا لما بينا قال ومن اوصى بثلث غنمه فهلك
الغنم قبل موته او لم يكن له غنم في الاصل فالوصية باطلة لما ذكرنا انه ايجاب بعد الموت فيعتبر
قيامه حينئذ وهذه الوصية تعلقت بالعين فتبطل بفواته عند الموت وان لم يكن
له غنم فاستفاده ثم مات فالصحيح ان الوصية تصح لانه لو كان بلفظ المال
تصح فكذا اذا كان باسم نوعه وهذا لان وجوده قبل الموت فضل والمعتبر قيامه عند
الموت قال ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم يعطى قيمة شاة لانه لما اضافه
الى المال علمنا ان مراده الوصية بمالية غنمه اذ ماليته توجد في مطلق المال قال
ولو اوصى بشاة ولم يضفه الى ماله ولا غنم له قيل لا تصح لان المصحح اضافته الى المال
وبدونها تعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل تصح لانه لما ذكر الشاة وليس في ملكه شاة
علم ان مراده المالية ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لانه لما اضافه الى الغنم
علمنا ان مراده عين الشاة حيث جعله جزءا من الغنم بخلاف ما اذا اضافه الى المال وعلى هذا يخرج كثير من
المسائل ومن اوصى بثلث ماله لامهات اولاده وهن ثلث وللفقراء والمساكين
فلهن ثلثة اسهم من خمسة اسهم قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعن محمد رحمه الله
انه يقسم على سبعة اسهم لهن ثلثة ولكل فريق سهمان واصله ان الوصية لامهات الاولاد
جائزة والفقراء والمساكين جنسان وفسرناهما في الزكوة لمحمد رح ان المذكور لفظ الجمع وادناه
في الميراث اثنان نجد ذلك في القرآن فكان من كل فريق اثنان وامهات الاولاد ثلث فلهذا يقسم
على سبعة ولهما ان الجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس وانه يتناول الادنى مع احتمال الكل

لا سيما عند تعذر صرفه الى الكل فيعتبر من كل فريق واحد فيبلغ الحساب خمسة والثلاثة للثلث قال
ولو اوصى بثلثه لفلان وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين عندهما وعند محمد ثلثه
لفلان وثلثاه للمساكين ولو اوصى للمساكين له صرفه الى مسكين واحد عندهما وعنده لا يصرف
الا الى مسكينين بناء على ما بيناه قال ولو اوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة درهم ثم قال
لآخر قد اشركتك معهما فله ثلث كل مائة لان الشركة للمساواة لغة وقد امكن اثباته بين
الكل بما قلناه لاتحاد المال لانه يصيب كل واحد منهم ثلثا مائة بخلاف ما اذا اوصى
لرجل باربعمائة ولآخر بمائتين ثم كان الاشراك لانه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت
المالين فحملناه على مساواته كل واحد بتنصيف نصيبه عملا باللفظ بقدر الامكان
ومن قال لفلان علي دين فصدقوه معناه قال ذلك لورثته فانه يصدق الى الثلث
وهذا استحسان وفي القياس لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به
الا بالبيان وقوله فصدقوه صدر مخالفا للشرع لان المدعي لا يصدق الا بحجة فتعذر اثباته
اقرارا مطلقا فلا يعتبر وجه الاستحسان انا نعلم ان من قصده تقديمه على الورثة وقد امكن
تنفيذ قصده بطريق الوصية وقد يحتاج اليه من يعلم باصل الحق عليه دون مقداره سعيا
منه في تفريغ ذمته فيجعلها وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كانه قال اذا جاءكم فلان
وادعى شيئا فاعطوه من مالي ما شاء فهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق الى الثلث
دون الزيادة قال فان اوصى بوصايا غير ذلك يعزل الثلث لاصحاب الوصايا
والثلثان للورثة لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا
يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم وفي الافراز فائدة اخرى وهو ان احد الفريقين قد يكون
اعلم بمقدار هذا الحق وابصر به والآخر الد خصاما وعساهم يختلفون في الفضل اذا ادعاه
الخصم وبعد الافراز يصح اقرار كل واحد فيما في يده من غير منازعة واذا عزل يقال لاصحاب
الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم لان هذا دين في حق المستحق
ووصية في حق التنفيذ فاذا اقر كل فريق بشيء ظهر ان في التركة دينا شائعا في النصيبين فيؤخذ
اصحاب الثلث بثلث ما اقروا والورثة بثلثي ما اقروا تنفيذا لاقرار كل فريق في قدر حقه وعلى كل
فريق منهما اليمين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على ذلك لانه يحلف على ما جرى
بينه وبين غيره قال ومن اوصى لاجنبي ولوارثه فللاجنبي نصف الوصية ويبطل وصية

الوارث لانه اوصى بما يملك الايصاء به وبما لا يملك فصح في الاول وبطل في الثاني
بخلاف ما اذا اوصى لحي وميت لان الميت ليس باهل للوصية فلا يصلح مزاحما فيكون الكل للحي والوارث
من اهلها ولهذا يصح باجازة الورثة فافترقا وعلى هذا اذا اوصى للقاتل وللاجنبي وهذا بخلاف ما
اذا اقر بعين او دين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي ايضا لان الوصية انشاء تصرف والشركة
تثبت حكما له فتصح في حق من يستحقه منهما اما الاقرار اخبار عن كائن وقد اخبر بوصف الشركة في الماضي
ولا وجه الى اثباته بدون هذا الوصف لانه خلاف ما اخبر به ولا الى اثبات الوصف لانه يصير الوارث
فيه شريكا ولانه لو قبض الاجنبي شيئا كان للوارث ان يشاركه فيه فيبطل في ذلك القدر ثم لا يزال
يقبض ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا وفي الانشاء حصة احدهما ممتازة عن حصة
الآخر بقاء وبطلانا قال ومن كان له ثلثة اثواب جيد ووسط ورديء فاوصى بكل واحد لرجل
فضاع ثوب ولا يدرى ايها هو والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة ومعنى جحودهم ان يقول الوارث
لكل واحد منهم بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك فكان المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء
وتحصيل المقصود فتبطل قال الا ان يسلم الورثة الثوبين الباقيين فان سلموا زال المانع وهو
الجحود فيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الاجود ولصاحب الوسط ثلث الجيد وثلث الادون ولصاحب
الادون ثلثا الثوب الادون دون الوسط وصاحب الردي لا حق له في الجيد الباقي بيقين لانه اما ان
يكون جيدا او وسطا ولا حق له فيهما لان صاحب الجيد لا حق له في الردي بيقين لانه اما ان يكون
وسطا او رديا فلا حق له فيهما لان صاحب الجيد لا حق له في الردي بيقين لانه اما ان يكون وسطا
او رديا فلا حق له فيهما وصاحب الردي لا حق له في الجيد الباقي بيقين لانه اما ان يكون جيدا او وسطا
ولا حق له فيهما ويحتمل ان يكون الردي هو الردي الاصلي فيعطى من محل الاحتمال واذا ذهب ثلثا
الجيد وثلثا الادون لم يبق الا ثلث الجيد وثلث الردي فيتعين حق صاحب الوسط فيه ضرورة
قال واذا كانت دار بين رجلين اوصى احدهما ببيت بعينه لرجل فانها تقسم فان وقع البيت في
نصيب الموصي فهو للموصى له عند ابي حنيفة رح وابي يوسف وعند محمد نصفه للموصى له وان وقع
في نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد
مثل ذرع نصف البيت له انه اوصى بملكه وبملك غيره لان الدار بجميع اجزائها مشتركة فينفذ الاول و
توقف الثاني وهو انه ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة لا تنفذ الوصية السالفة كما اذا
اوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم اذا اقتسموا ووقع البيت في نصيب الموصي تنفذ الوصية في عين

وهو نصف البيت وان وقع في نصيب صاحبه فله مثل ذرع نصف البيت تنفيذا للوصية في بدل
الموصى به عند فواته كالجارية الموصى بها اذا قتلت تنفذ الوصية في بدلها بخلاف ما اذا بيع العبد الموصى به
حيث لا تتعلق الوصية بثمنه لان الوصية تبطل بالاقدام على البيع على ما بيناه ولا تبطل بالقسمة
ولهما انه اوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لان الظاهر انه يقصد الايصاء بملك منتفع به من كل وجه
وذلك يكون بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه في جميع البيت اذا وقع في نصيبه
فتنفذ الوصية فيه ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر
على القسمة فيه وعلى اعتبار الافراز يصير كان البيت ملكه من الابتداء وان وقع في نصيب الآخر تنفذ
في قدر ذرعان جميعه فيما وقع في نصيبه اما لانه عوضه كما ذكرنا او لانه مراد الموصي في ذكر البيت التقدير
به تحصيلا للمقصود ما امكن الا انه يتعين اذا وقع في نصيبه جمعا بين الجهتين التقدير والتمليك واذا
وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير او لانه اراد التقدير على اعتبار احد الجهتين والتمليك بعينه على اعتبار
جهة الاخرى كما اذا علق عتق الولد وطلاق المرأة باول ولد تلده امته والمراد في جزاء الطلاق مطلق
الولد وفي الولد العتق ولد حي ثم اذا وقع البيت في نصيب غير الموصي والدار مائة ذراع والبيت عشرة
اذرع يقسم نصيبه بين الموصى له والورثة على عشرة اسهم تسعة منها للورثة وسهم للموصى له
وهذا عند محمد رح فيضرب الموصى له بخمسة اذرع نصف البيت وهم الورثة بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة
واربعون فيجعل كل خمسة منها سهما فيصير عشرة وعندهما يقسم على احد عشر سهما لان الموصى له يضرب
بالعشرة وهم بخمسة واربعين فيصير السهام احد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة ولو كان مكان الوصية
اقرار قيل هو على الخلاف وقيل لا خلاف فيه لمحمد والفرق له ان الاقرار بملك الغير صحيح حتى لو ملكه بوجه
من الوجوه ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ قال ومن اوصى من مال رجل لآخر بالف بعينه فاجاز
صاحب المال بعد موت الموصي فان دفعه اليه فهو جائز وله ان يمنع من التسليم بخلاف لان هذا
بمال الغير فيتوقف على اجازته فاذا اجاز يكون تبرعا منه ايضا فله ان يمتنع من التسليم بخلاف ما
اذا اوصى بالزيادة على الثلث واجازت الورثة لان الوصية في مخرجها صحيحة لمصادفتها ملكه
والامتناع لحق الورثة فاذا اجازوها سقط حقهم فنفذ من جهة الموصي قال واذا اقتسم الابنان
تركة الاب ثم اقر احدهما لرجل ان اباه اوصى له بثلث ماله فان المقر يعطيه ثلث ما في يده
وهذا استحسان والقياس ان يعطيه نصف ما في يده وهو قول زفر رح لان اقراره بالثلث
له تضمن اقراره بمساواته اياه والتسوية في اعطاء النصف ليبقى له النصف وجه الاستحسان انه اقر

اقرله

اقر له بثلث شائع في التركة وهي في ايديهما فيكون مقرا بثلث ما في يده بخلاف ما اذا اقر احدهما
بدين على غيره لان الدين مقدم على الميراث فيكون مقرا بتقدمه فيقدم عليه اما الموصى له بالثلث
شريك الوارث فلا يسلم له شيء الا وان يسلم للورثة مثلاه ولانه لو اخذ منه النصف فربما
فربما يقر الابن الآخر به ايضا فياخذ النصف ايضا مما في يده فيصير نصف التركة فيزداد على الثلث
قال ومن اوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصي ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له
لان الام دخلت في الوصية اصالة والولد تبعا حين كان متصلا بالام فاذا ولدت قبل القسمة
والتركة قبلها مبقاة على ملك الميت حتى تقضى بها ديونه دخل في الوصية فيكونان للموصى له وان لم يخرجا
من الثلث ضرب بالثلث واخذ ما يخصه منهما جميعا في قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وقال ابو حنيفة
رضي الله عنه ياخذ ذلك من الام فان فضل شيء اخذه من الولد وفي الجامع الصغير عين صورة وقال
رجل له ستمائة درهم وامة تساوي ثلثمائة درهم واوصى بالجارية لرجل ثم مات فولدت ولدا
يساوي ثلثمائة درهم قبل القسمة فللموصى له الام وثلث الولد عنده وعندهما له ثلثا كل واحد
منهما لهما ما ذكرنا ان الولد دخل في الوصية تبعا حالة الاتصال فلا يخرج عنها بالانفصال كما في البيع
والعتق فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الام وله ان الام اصل والولد تبع فيه
والتبع لا يزاحم الاصل فلو نفذنا الوصية فيهما جميعا تنتقض الوصية في بعض الاصل وذلك لا يجوز
بخلاف البيع لان تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي الى نقضه في الاصل بل يبقى تاما صحيحا فيه الا انه
لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به القبض ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينعقد
البيع بدون ذكره وان كان فاسدا وهذا اذا ولدت قبل القسمة فان ولدت بعد القسمة فهو
للموصى له لانه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة فصل في اعتبار حالة الوصية واذا اقر المريض لامرأة بدين
او اوصى لها بشيء او وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الاقرار وبطلت الوصية والهبة
لان الاقرار ملزم بنفسه وهي اجنبية عند صدوره ولهذا يعتبر من جميع المال ولا يبطل بالدين
اذا كان في حالة الصحة او في حالة المرض الا ان الثاني يؤخر عنه بخلاف الوصية لانها
ايجاب عند الموت وهي وارثة عند ذلك ولا وصية للوارث والهبة وان كانت
منجزة صورة فهي كالمضاف الى ما بعد الموت حكما لان حكمها يتقرر عند الموت
الا ترى انها تبطل بالدين المستغرق وعند عدم الدين تعتبر من الثلث قال واذا
اقر المريض لابنه بدين وابنه نصراني او وهب له او اوصى له فاسلم الابن قبل موته

بطل الكل اما الهبة والوصية فلما قلنا انه وارث عند الموت وهما ايجابان عنده او بعده وان كان
ذلك كله وان كان ملكا ثابتا بنفسه ولكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار فيعتبر في ايراث تهمة
الايثار بخلاف ما تقدم لان سبب الارث الزوجية وهي طارية حتى لو كانت الزوجية قائمة
وقت الاقرار وهي نصرانية ثم اسلمت قبل موته لا يصح الاقرار لقيام السبب حال صدوره
وكذا لو كان الابن عبدا او مكاتبا فاعتق لما ذكرناه وذكر في كتاب الاقرار ان لم يكن عليه
دين يصح لانه اقرار لمولاه وكذا لو كان الابن عبدا او مكاتبا وهو اجنبي وان كان عليه دين
لا يصح لانه اقرار له وهو ابنه والوصية باطلة لما ذكرنا ان المعتبر فيها وقت الموت واما الهبة
فيروى انها تصح لانها تمليك في الحال وهو رقيق وفي عامة الروايات هي في مرض الموت
بمنزلة الوصية فلا تصح قال والمقعد والمفلوج والاشل والمسلول اذا تطاول ذلك
فلم يخف منه الموت فهبته من جميع المال لانه اذا تقادم العهد صار طبعا من طباعه
ولهذا لا يشتغل بالتداوي ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث وان
وهب عندما اصابه ذلك ومات من ايامه فهو من الثلث اذا صار صاحب فراش لانه
يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت والله اعلم بالصواب

باب العتق في المرض

ومن اعتق عبدا في مرضه او باع وحابى او وهب فذلك
كله جائز وهو معتبر من الثلث ويضرب به مع اصحاب الوصايا وفي بعض النسخ فهو
وصية مكان قوله جائز والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع اصحاب الوصايا
لا حقيقة الوصية لانها ايجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف الى الموت واعتباره من الثلث
لتعلق حق الورثة وكذلك ما ابتدأ المريض ايجابه على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية
لانه متهم فيه كما في الهبة وكل ما اوجبه بعد الموت فمن الثلث وان اوجبه في حال صحته اعتبارا
بحالة الاضافة دون حالة العقد وما نفذه من التصرف فالمعتبر فيه حالة العقد
فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فمن الثلث وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة
لان بالبرء تبين انه لا حق لاحد في ماله قال فان حابى ثم اعتق وضاق الثلث عنهما
فالمحاباة اولى عند ابي حنيفة وان اعتق ثم حابى فهما
سواء وقالا رحمهما الله العتق اولى في المسئلتين والاصل فيه ان الوصايا اذا لم يكن فيها
ما جاوز الثلث فكل من اصحابها يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض

الا العتق

الا العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح والمحاباة في البيع اذا وقعت في المرض
لان الوصايا قد تساوت والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق
وانما قدم العتق الذي ذكرناه آنفا لانه اقوى فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره يلحقه
وكذا المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي واذا تقدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه
من سواهما من اهل الوصايا ولا يقدم البعض على البعض لهما في الخلافية ان العتق اقوى
لانه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها ولا معتبر بالتقدم في الذكر لانه لا يوجب التقدم في الثبوت
وله ان المحاباة اقوى لانها تثبت في ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته
والاعتاق تبرع صيغة ومعنى فاذا وجدت المحاباة اولا دفع الاضعف واذا وجد
العتق اولا وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة وعلى هذا قال ابو حنيفة اذا حابى ثم اعتق
ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق
متقدم عليها فيستويان ولو اعتق ثم حابى ثم اعتق قسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة وما اصاب
العتق قسم بينه وبين العتق الثاني وعندهما العتق اولى بكل حال ومن اوصى بان يعتق عنه
بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم يعتق عنه بما بقي عند ابي حنيفة رحمه الله وان كانت
وصية بحجة يحج عنه بما بقي من حيث يبلغ وان لم يهلك منها وبقي شيء من الحجة رد
على الورثة وقالا يعتق عنه بما بقي لانه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما امكن اعتبارا
بالوصية بالحج وله انه وصية بعتق عبد يشترى بمائة وتنفيذها فيمن يشترى باقل منه تنفيذ
لغير الموصى له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانها قربة محضة وهي حق الله تعالى والمستحق
لم يتبدل وصار كما اذا اوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي اليه وقيل هذه المسئلة
بناء على اصل آخر مختلف فيه وهو ان العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة عليه
عندهما من غير دعوى فلم يتبدل المستحق وعنده حق العبد حتى لا تقبل البينة عليه من غير دعوى
فاختلف المستحق وهذا اشبه قال ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبدا قيمته مائة
وقد كان اعتقه في مرضه فاجاز الوارثان ذلك لم يسع في شيء لان العتق في مرض الموت
وان كان في حكم الوصية وقد وقعت باكثر من الثلث الا انها تجوز باجازة الورثة
لان الامتناع لحقهم وقد اسقطوه قال ومن اوصى بعتق عبده ثم مات فجنى العبد جناية
ودفع بها بطلت الوصية لان الدفع قد صح لان حق ولي الجناية مقدم على حق الموصي

وكذا على حق الموصى له لانه يتعلق الملك من جهته الا ان ملكه فيه باق وانما يزول بالدفع
فاذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصي او وارثه بعد موته فان فداه الورثة كان
كان الفداء في مالهم لانهم هم الذين التزموه وجازت الوصية لان العبد طهر عن الجناية بالفداء
كانه لم يجن فتنفذ الوصية قال ومن اوصى بثلث ماله فاقر الموصى له والوارث ان الميت اعتق
هذا العبد فقال الموصى له اعتقه في الصحة وقال الوارث اعتقه في المرض فالقول قول الوارث ولا شيء
للموصى له الا ان يفضل من الثلث شيء او تقوم له البينة ان العتق كان في الصحة لان الموصى له
يدعي استحقاق ثلث ما بقي من التركة بعد العتق لان العتق في الصحة ليس بوصية ولهذا ينفذ من جميع المال والوارث
ينكره لان مدعاه العتق في المرض وهو وصية والعتق في المرض مقدم على الوصية بثلث المال فكان منكرا
والقول للمنكر مع اليمين ولان العتق حادث والحوادث تضاف الى اقرب الاوقات للتيقن
بها فكان الظاهر شاهدا للوارث فيكون القول قوله مع اليمين قال ومن ترك عبدا فقال للوارث
اعتقني ابوك في الصحة وقال رجل آخر لي على ابيك الف درهم فقال صدقتما فان العبد يسعى في قيمته
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله يعتق ولا يسعى في شيء لان الدين والعتق في الصحة ظهرا معا بتصديق
الوارث في كلام واحد فصار كانهما كانا معا والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وان كان
على المعتق دين وله ان الاقرار بالدين اقوى لانه يعتبر من جميع المال والاقرار بالعتق في المرض
يعتبر من الثلث والاقوى يدفع الادنى فقضيته ان يبطل العتق اصلا الا انه بعد وقوعه لا يحتمل
البطلان فيدفع من حيث المعنى بايجاب السعاية ولان الدين اسبق لانه لا مانع له من الاسناد
فيستند الى حالة الصحة ولا يمكن اسناد العتق الى تلك الحالة لان الدين يمنع العتق في حالة المرض
مجانا فتجب السعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك الف درهم فقال رجل لي على الميت
الف درهم دين وقال آخر كان لي عنده الف درهم وديعة فعنده الوديعة اقوى وعندهما سواء

فصل قال ومن اوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصي
او اخرها مثل الحج والزكوة والكفارات لان الفريضة اهم من النافلة والظاهر منه البداية بما هو الاهم
فان تساوت في القوة بدأ بما قدمه الموصي اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر انه يبتدئ بالاهم
وذكر الطحاوي انه يبتدئ بالزكوة ويقدمها على الحج وهو احد الروايتين عن ابي يوسف وفي رواية
عنه يقدم الحج وهو قول محمد رحمه الله وجه الاولى انهما وان استويا في الفرضية فالزكوة
تعلق بها حق العبد فكان اولى وجه الاخرى ان الحج يقام بالمال والنفس والزكوة بالمال

قصرا

قال الا ان يفضل من الثلث شيء [illegible] لانه لا خصم له او تقوم له البينة ان العتق في الصحة لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة وهو خصم في اثباتها لاثبات حقه صح

قصرا عليه فكان الحج اقوى ثم تقدم الزكوة والحج على الكفارات لمزيتهما عليها في القوة اذ قد جاء
فيهما من الوعيد ما لم يات في الكفارات والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة
الفطر لانه عرف وجوبها بالقرآن دون صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على الاضحية وعلى هذا القياس
تقدم بعض الواجبات على البعض قال وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي لما بينا وصار
كما صرح بذلك قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى وما كان للعبد فما اصاب
القرب صرف اليها على الترتيب الذي ذكرناه ويقسم على عدد القرب ولا يجعل الجميع كوصية واحدة
لانه ان كان المقصود بجميعها رضاء الله تعالى فكل واحدة في نفسها مقصودة فتنفرد كما تنفرد
وصايا الآدميين قال ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا لان
الواجب عليه لله تعالى الحج من بلده ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده والوصية لاداء ما هو
الواجب عليه وانما قال راكبا لانه لا يلزمه ان يحج ماشيا فانصرف اليه على الوجه الذي وجب عليه
قال فان لم تبلغ الوصية النفقة احجوا عنه من حيث تبلغ وفي القياس لا يحج عنه لانه امر
بالحجة على صفة عدمناها فيه غير انا جوزناه لانا نعلم ان الموصي قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها
ما امكن والممكن فيه ما ذكرناه وهو اولى من ابطالها راسا وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية
بالعتق من قبل قال ومن خرج من بلده حاجا فمات في الطريق واوصى ان يحج عنه يحج عنه من بلده
عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يحج عنه من حيث بلغ استحسانا
وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره في الطريق لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة وسقط
فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع اجره على الله فيبتدأ من ذلك المكان كانه من اهله بخلاف
سفر التجارة لانه لم يقع قربة فيحج من بلده وله ان الوصية تنصرف الى الحج من بلده على ما
قررناه اداء للواجب على الوجه الذي وجب

باب الوصية للاقارب وغيرهم

قال ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هم الملاصقون وغيرهم ممن
يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد المحلة وهذا استحسان وقوله قياس لان الجار من المجاورة
وهي الملاصقة حقيقة ولهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع ينصرف
الى اخص الخصوص وهو الملاصق وجه الاستحسان ان هؤلاء كلهم يسمون جيرانا عرفا وقد
تايد بقوله لا صلوة لجار المسجد الا في المسجد وفسره بكل من سمع النداء ولان المقصد بر الجيران
او استحبابه وينتظم الملاصق وغيره الا انه لا بد من الاختلاط وذلك عند اتحاد المسجد

للاتفاق على وجوبها والاختلاف في الاضحية

قوله وقد جاء فيهما من الوعيد اما في حق الزكوة فقوله تعالى والذين يكنزون الذهب والفضة الآية واما في حق الحج فقوله تعالى ومن كفر فان الله غني عن العالمين [illegible]

وما قاله اتى نص في الجوار الى اربعين دارا بعيد وما روي فيه ضعيف قال ويستوي فيه
الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي لان اسم الجار يتناولهم ويدخل فيه العبد
الساكن عنده لاطلاقه ولا يدخل عندهما لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن
ومن اوصى لاصهاره فالوصية لكل ذي رحم محرم من امرأته لما روي ان النبي عليه السلام
لما تزوج صفية اعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهار النبي عم
وهذا التفسير اختيار محمد وابي عبيدة رح وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة ابيه وزوجة
ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل اصهاره ولو مات الموصي والمرأة في نكاحه او في
عدته من طلاق رجعي فالصهر يستحق الوصية وان كان في عدة من طلاق بائن لا يستحقها لان
بقاء الصهرية ببقاء النكاح وهو شرط عند الموت قال ومن اوصى لاختانه فالوصية
لزوج كل ذات رحم محرم منه وكذا محارم الازواج لان الكل يسمى ختنا قيل هذا في عرفهم
وفي عرفنا لا يتناول الا ازواج المحارم ويستوي فيه الحر والعبد والاقرب والابعد لان اللفظ
يتناول الكل قال ومن اوصى لاقاربه فهي للاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل
فيهم الوالدان والولد ويكون للاثنين فصاعدا وهذا عند ابي حنيفة رح وقال صاحباه الوصية
لكل من ينتسب الى اقصى اب له في الاسلام وهو اول اب اسلم او اول اب ادرك الاسلام وان
لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ وفائدة الاختلاف تظهر في اولاد ابي طالب فانه
ادرك الاسلام ولم يسلم لهما ان القريب مشتق من القرابة فيكون اسما لمن قامت به فينتظم
بحقيقته مواضع الخلاف وله ان الوصية اخت الميراث وفي الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب
والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية والمقصود من هذه الوصية تلافي ما فرط في
اقامة واجب الصلة وهو يختص بذي الرحم المحرم منه ولا يدخل فيه قرابة الولاد فانهم لا يسمون
اقرباء ومن سمى والده قريبا كان منه عقوقا وهذا لان القريب في عرف اللسان من يتقرب
الى غيره بوسيلة غيره وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد
الاجماع على تركه فعنده يتقيد بما ذكرنا وعندهما باقصى اب في الاسلام وعند الشافعي رح
بالاب الادنى قال واذا اوصى لاقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه عند ابي
حنيفة رح اعتبارا للاقرب كما في الارث وعندهما ارباعا بينهم اذ هما لا يعتبران الاقرب
ولو ترك عما وخالين فللعم نصف الوصية والنصف للخالين لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع

وهو

قوله والاعتاق لازم جواب عن سؤال مقدر وهو ان يقال
لما كانت جهة الموالي مختلفة لم رجحت مولى العتاقة على مولى الموالاة
فاجاب عن رجحانه في الكتاب باللزوم في العتاقة ... حاشية

وهو الاثنان في الوصية كما في الميراث بخلاف ما اذا اوصى لذي قرابته حيث يكون للعم كل الوصية
لان اللفظ للفرد فيحرز الواحد كلها اذ هو الاقرب ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بيناه
ولو ترك عما وعمة وخالا وخالة فالوصية للعم والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهي
اقوى والعمة وان لم تكن وارثة فهي مستحقة للوصية كما لو كان القريب رقيقا او كافرا وكذا اذا
اوصى لذي قرابته او لاقربائه او لانسبائه في جميع ما ذكرنا لان كل ذلك لفظ جمع ولو انعدم
المحرم بطلت الوصية لانها مقيدة بهذا الوصف قال ومن اوصى لاهل فلان فهي على زوجته
عند ابي حنيفة رح وقالا رح يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته اعتبارا للعرف وهو مؤيد بالنص قال الله تعالى
واتوني باهلكم اجمعين الاية وله ان اسم الاهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله
تعالى وسار باهله ومنه قولهم تاهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة ولو اوصى لال
فلان فهو لاهل بيته لان الال القبيلة التي ينسب اليها ولو اوصى لاهل بيت فلان يدخل فيه ابوه
وجده لان الاب اصل البيت ولو اوصى لاهل ابيه دون امه لان الانسان يتجنس بابيه
بخلاف قرابته حيث تكون من جانب الاب والام ولو اوصى لايتام بني فلان او لعميانهم
او لزمناهم او لاراملهم ان كانوا يحصون دخل في الوصية فقراؤهم واغنياؤهم ذكورهم
واناثهم لانه امكن تحقيق التمليك في حقهم والوصية تمليك وان كانوا لا يحصون فالوصية
للفقراء منهم لان المقصود من الوصية القربة وهي في سد الخلة ورد الجوعة وهذه الاسامي تشعر بتحقق الحاجة
فجاز حمله على الفقراء بخلاف ما اذا اوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون او لايامى بني فلان وهم
لا يحصون حيث تبطل الوصية لانه ليس في اللفظ ما ينبئ عن الحاجة فلا يمكن صرفه الى الفقراء
ولا يمكن تصحيحه تمليكا في حق الكل للجهالة المتفاحشة فتعذر الصرف اليهم وفي الوصية للفقراء
والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا لمعنى الجمع واقله اثنان في الوصايا على ما مر ولو اوصى
لبني فلان يدخل فيه الاناث في قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى اول قوله وهو قولهما لان جمع الذكور
يتناول الاناث ثم رجع وقال يتناول الذكور خاصة لان حقيقة الاسم للذكور وانتظامه الاناث
تجوز والكلام لحقيقته بخلاف ما اذا كان بنو فلان اسم قبيلة او فخذ حيث يتناول الذكور والاناث لانه
ليس يراد بها اعيانهم اذ هو مجرد الانتساب كبني آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة و
حلفاؤهم ومن اوصى لولد فلان فالوصية بينهم الذكر والانثى فيه سواء لان اسم الولد ينتظم
الكل انتظاما واحدا ومن اوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين لانه

لنسبه او لجنسه فالنسب عبارة عمن ينسب اليه والنسب يكون من جهة الاباء وجنسه اهل بيت ابيه

لا نص على لفظ الورثة اذن ذلك بان قصده التفضيل كما في الميراث ومن اوصى لمواليه
وله موالي اعتقهم وموالي اعتقوه فالوصية باطلة وقال الشافعي رحمه الله في بعض كتبه ان الوصية لهم
جميعا وذكر في موضع آخر انه يوقف حتى يصطلحوا له ان الاسم يتناولهم لان كلا منهم يسمى
مولى فصار كالاخوة ولنا ان الجهة مختلفة لان احدهما مولى النعمة والآخر منعم عليه فصار
مشتركا فلا ينتظمها لفظ واحد في موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف لا يكلم موالي فلان حيث
يتناول الاعلى والاسفل لانه مقام النفي ولا تنافي فيه ويدخل في هذه الوصية من اعتقه
في الصحة والمرض ولا يدخل مدبروه وامهات اولاده لان عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية
تضاف الى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله وعن ابي يوسف رحمه الله انهم يدخلون لان سبب
الاستحقاق لازم ويدخل فيه عبد قال له مولاه ان لم اضربك فانت حر لان العتق يثبت قبيل
الموت عند تحقق عجزه ولو كان له موالي واولاد الموالي وموالي الموالاة يدخل فيها معتقوه
واولادهم دون موالي الموالاة وعن ابي يوسف رحمه الله انهم يدخلون ايضا والكل شركاء لان
الاسم يتناولهم على السواء ومحمد رحمه الله يقول الجهة مختلفة الانعام في الموالي عند الالتزام و
لازم فكان الاسم له احق ولا يدخل موالي الموالي لانهم موالي غيره حقيقة بخلاف مواليه واولادهم
لانهم ينسبون اليه باعتاق وجد منه وبخلاف ما اذا لم يكن له موالي ولا اولاد الموالي لان اللفظ
لهم مجاز فيصرف اليه عند تعذر اعتبار الحقيقة ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف
لمعتقه والباقي لورثته لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا يدخل فيهم موالي اعتقهم لانهم ليسوا بمواليه
لا حقيقة ولا مجازا وانما يحرز ميراثهم بالعصوبة بخلاف معتق البعض لانه ينسب اليه بالولاء

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة
وتجوز ذلك ابدا لان المنافع تصح تمليكها في حالة الحيوة ببدل وغير بدل فكذا بعد الممات لحاجته كما في
الاعيان ويكون محبوسا على ملكه في حق المنفعة حتى تملكها الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه
منافع الوقف على حكم ملك الواقف وتجوز موقتا ومؤبدا كما في العارية فانها تمليك على اصلنا بخلاف
الميراث لانه خلافة فيما يملكه المورث وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى وكذلك الوصية بغلة
العبد والدار لانه بدل المنفعة فاخذ حكمها والمعنى يشملهما فان خرجت رقبة العبد من الثلث
يسلم اليه ليخدمه لان حق الموصى له في الثلث لا تزاحمه الورثة وان كان لا مال له غيره خدم
الورثة يومين والموصى له يوما لان حقه في الثلث وحقهم في الثلثين كما في الوصية في العين

ولا يمكن

ولا يمكن قسمة العبد اجزاء لانه لا يتجزى فصرنا الى المهايأة ايفاء للحقين بخلاف الوصية بسكنى
الدار اذا كانت لا تخرج من الثلث حيث يقسم عين الدار اثلاثا للانتفاع لانه يمكن
القسمة بالاجزاء وهو اعدل للتسوية بينهما زمانا وذاتا وفي المهايأة تقديم احدهما زمانا
ولو اقتسموا الدار مهايأة من حيث الزمان يجوز ايضا لان الحق لهم الا ان الاول وهو الاعدل
اولى وليس للورثة ان يبيعوا ما في ايديهم من ثلثي الدار وعن ابي يوسف رحمه الله ان لهم
ذلك لانه خالص ملكهم وجه الظاهر ان حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بان ظهر
للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث وكذا له حق المزاحمة فيما في ايديهم اذا خرب ما في يده
والبيع يتضمن ابطال ذلك فمنعوا عنه قال فان مات الموصى له عاد الى الورثة لان الموصي
اوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى وارث الموصى له استحقها
ابتداء من ملك الموصي من غير رضاه وذلك لا يجوز ولو مات الموصى له في حيوة الموصي بطلت
الوصية لان ايجابها تعلق بالموت على ما بينا من قبل ولو اوصى بغلة عبده او داره فاستخدمه
بنفسه او سكنها بنفسه قيل يجوز لان قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود والاصح انه
لا يجوز لان الغلة دراهم او دنانير وقد وجبت الوصية بها وهذا استيفاء المنافع وهما
متغايران ومتفاوتان في حق الورثة فانه لو ظهر دين يمكنهم اداؤه من الغلة بالاسترداد
منه بعد استغلالها ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها بعينها وليس للموصى له بالخدمة
ان يواجر العبد او الدار وقال الشافعي رحمه الله له ذلك لانه بالوصية ملك المنفعة فيملك تمليكها
من غيره ببدل وغير بدل لانها كالاعيان عنده بخلاف العارية لانها اباحة على اصله وليس
ولنا ان الوصية تمليك بغير بدل مضاف الى ما بعد الموت فلا يملك تمليكه ببدل اعتبارا بالاعارة
فانها تمليك بغير بدل في حالة الحيوة على اصلنا ولا يملك المستعير الاجارة لانه تمليك ببدل كذا
هذا وتحقيقه ان التمليك ببدل لازم وبغير بدل غير لازم ولا يملك الاقوى بالاضعف والاكثر
بالاقل والوصية تبرع غير لازم الا ان الرجوع للمتبرع لا لغيره والمتبرع بعد الموت لا يمكنه
الرجوع فلهذا انقطع اما هو في وضعه غير لازم ولان المنفعة ليست بمال على اصلنا وفي تمليكها
بالمال احداث صفة المالية فيها تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة فانما يثبت هذه الولاية
لمن يملكها تبعا لملك الرقبة او لمن يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التي يملكها

بتمليكه

اما تمليكها مقصودة بغير عوض ثم ملكها بعوض كان تمليكا اكثر مما تملكه معنى وهذا لا يجوز وليس للموصى له
ان يخرج العبد من الكوفة الا ان يكون الموصى له واهله في غير الكوفة فيخرجه الى اهله للخدمة هناك اذا كان
يخرج من الثلث لان الوصية تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصي فاذا كانوا في مصره فمقصوده
ان يمكنه من خدمته فيه بدون ان يلزمه مشقة السفر واذا كانوا في غيره فمقصوده ان يحمل العبد الى اهله ليخدمهم
ولو اوصى بغلة عبده او بغلة داره يجوز ايضا لانه بدل المنفعة فاخذ حكم المنفعة في جواز الوصية به
كيف وانه عين حقيقة لانه دراهم او دنانير فكان بالجواز اولى ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة
تلك السنة لانه عين مال يحتمل القسمة بالاجزاء فلو اراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة
ليكون في يده ثلثها يستغل ثلثها لم يكن له ذلك في رواية عن ابي يوسف رح فانه يقول الموصى له
شريك الوارث وللشريك ذلك وكذا للموصى له الا انا نقول المطالبة بالقسمة تبتنى على ثبوت
الحق للموصى له فيما تلاقيه القسمة اذ هو المطالب ولا حق له في عين الدار وانما حقه في الغلة فلا يملك
المطالبة بقسمة الدار ولو اوصى له بخدمة عبده ولآخر برقبته وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة
والخدمة عليها لانه اوجب لكل منهما شيئا معلوما عطفا منه لاحدهما على الآخر فتعتبر هذه الحالة
بحالة الانفراد ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة فلو لم يوص في الرقبة بشيء لصارت الرقبة
ميراثا للورثة مع كون الخدمة للموصى له فكذا اذا اوصى بالرقبة لانسان آخر اذ الوصية
اخت الميراث من حيث ان الملك يثبت فيهما بعد الموت ولها نظائر وهو ما اذا اوصى بامة
لرجل وبما في بطنها لآخر وهي تخرج من الثلث او اوصى لرجل بخاتم ولآخر بفصه او
قال هذه القوصرة لفلان وما فيها من التمر لفلان كان كما اوصى ولا شيء لصاحب الظرف
في المظروف في هذه المسائل كلها اما اذا فصل احد الايجابين عن الآخر فيها فكذلك
الجواب عند ابي يوسف رح وعلى قول محمد رح الامة للموصى له بها والولد بينهما نصفان و
وكذلك في اخواتها لابي يوسف رح ان بايجابه في الكلام الثاني تبين ان مراده من الكلام الاول
الامة للموصى له بها دون الولد وهذا البيان منه صحيح وان كان مفصولا لان الوصية لا يلزم
شيئا في حال حيوة الموصي فكان البيان المفصول فيه والموصول سواء كما في وصية الرقبة والخدمة
ولمحمد رحمه الله ان اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص وكذا اسم الجارية يتناولها وما في بطنها
واسم القوصرة كذلك ومن اصلنا ان العام الذي موجبه ثبوت الحكم على سبيل الاحاطة بمنزلة
الخاص فقد اجتمع في الفص وصيتان وكل واحد منهما وصية بايجاب على حدة فيجعل الفص

بينهما

بينهما نصفين ولا يكون ايجاب الوصية فيه للثاني رجوعا عن الاول كما اذا اوصى للثاني
بالخاتم بخلاف الخدمة مع الرقبة لان اسم الرقبة لا يتناول الخدمة وانما يستخدمه الموصى له بحكم
ان المنفعة حصلت على ملكه فاذا اوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له فيه حق وبخلاف ما اذا
كان الكلام موصولا لان ذلك دليل التخصيص والاستثناء فتبين انه اوجب لصاحب
الخاتم الحلقة خاصة دون الفص ومن اوصى لآخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة
وحدها وان قال له ثمرة بستاني ابدا فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش وان
اوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل والفرق ان الثمرة اسم للموجود
عرفا فلا يتناول المعدوم والمعدوم مذكور وان لم يكن شيئا اما الغلة فينتظم الموجود وما يكون
بعرض الوجود مرة بعد اخرى عرفا يقال فلان ياكل من غلة بستانه ومن غلة ارضه وداره فاذا اطلقت
تتناولهما غير موقوف على دلالة اخرى اما الثمرة اذا اطلقت لا يراد بها الا الموجود فلهذا
يفتقر الانصراف الى دليل زائد ومن اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا او باولادها او بلبنها ثم
مات فله ما في بطونها من الولد وما في ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت
الموصي سواء قال ابدا او لم يقل لانه ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ وهذا
ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء بخلاف ما تقدم والفرق ان القياس يابى تمليك المعدوم
لانه لا يقبل الملك الا ان في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالاجارة
والمعاملة فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بطريق الاولى لان بابها اوسع اما الولد المعدوم
واختاه لا يجوز ايراد العقد عليها اصلا ولا يستحق بعقد ما فكذا لا يدخل تحت الوصية
بخلاف الموجود منها لانه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعا وبعقد الخلع مقصودا فكذا بالوصية

باب وصية الذمي

واذا صنع يهودي او نصراني بيعة او كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث
لان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة رح والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذا هذا اما عندهما
فلان هذه معصية ولا يجوز عندهما قال وان اوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث معناه
اذا اوصى ان تبنى داره بيعة او كنيسة فهو جائز لان الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك
وله ولاية ذلك فامكن تصحيحه على اعتبار المعنيين قال وان اوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين
جازت الوصية عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله الوصية باطلة لانه
معصية حقيقة وان كان في معتقدهم قربة حقيقة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها

الا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الابد لانه لا يتناول الا بتناول المعدوم صح

قوله وله ان هذه قربة في معتقدهم اي لابي حنيفة انا امرنا بتركهم وما يدينون كما في الخمر والخنزير حيث يجوز بيعهم فيما بينهم لانهم يدينون جواز ذلك وهم يدينون جواز الايصاء ببناء البيعة والكنيسة فيجوز ذلك بناء على اعتقادهم الا يرى ان الذي هو قربة عندنا يكون الايصاء به باطلا اذا لم يكن قربة عندهم بناء على اعتقادهم كالايصاء بالحج والذي هو قربة عندهم ومعصية عندنا ينبغي ان يجوز ايضا بناء على اعتقادهم كما في بيع الخمر والخنزير فيما بينهم لان ذلك جائز في احكامهم فكذا هذا

فيورث المعصية وله ان هذه قربة في معتقدهم ونحن امرنا بان نتركهم وما يعتقدون فيجوز بناء
على اعتقادهم الا يرى انه لو اوصى بما هو قربة حقيقة معصية في معتقدهم لا تجوز الوصية
اعتبارا لاعتقادهم فكذا عكسه ثم الفرق لابي حنيفة رحمه الله بين بناء البيعة والكنيسة
وبين الوصية به ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني وانما يزول ملكه بان
يكون محررا خالصا لله تعالى كما في مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة فتبقى
ملكا للباني فيورث عنه ولانهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم تتحرر لتعلق حق العباد
وفي هذه الصورة يورث المسجد لعدم تحرره بخلاف الوصية لانها وضعت لازالة الملك الا انه
امتنع ثبوت مقتضاه في غير ما هو قربة على معتقداه فيزول ملكه فلا يورث ثم الحاصل ان وصايا
الذمي على اربعة اقسام منها ان تكون قربة في معتقدهم ولا تكون قربة في حقنا وهو ما ذكرناه
ومنها اذا اوصى الذمي ان تذبح خنازيره وتطعم المشركين وهذه على الخلاف اذا كان لقوم غير مسمين
كما ذكرناه والوجه ما بيناه ومنها ما اذا اوصى بما يكون قربة في حقنا ولا يكون قربة في معتقدهم كما
اذا اوصى بالحج او بان يبنى مسجد للمسلمين او بان يسرج في مساجد المسلمين وهذه الوصية باطلة
بالاجماع اعتبارا لاعتقادهم الا اذا كان لقوم باعيانهم لوقوعه تمليكا لانهم معلومون والجهة مشورة
ومنها اذا اوصى بما يكون قربة في حقنا وفي حقهم بان يسرج في بيت المقدس او يغزى الترك وهو
من الروم وهذا جائز سواء كان باعيانهم او بغير اعيانهم لانه وصية بما هو قربة حقيقة في معتقدهم
ايضا ومنها اذا اوصى بما لا يكون قربة لا في حقنا ولا في حقهم كما اذا اوصى للمغنيات والنائحات
لان هذا غير جائز لانه معصية في حقنا وفي حقهم الا ان يكون لقوم باعيانهم فيصح تمليكا واستخلافا
قال وصاحب الهوى اذا كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم لانا امرنا ببناء
الاحكام على الظاهر وان كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته بين ابي حنيفة
وصاحبيه وفي المرتدة الاصح انه تصح وصاياها لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل او يسلم
قال واذا دخل الحربي دارنا بامان فاوصى لمسلم او ذمي بماله كله جاز لان امتناع الوصية بما
زاد على الثلث لحق الورثة ولهذا تنفذ باجازتهم وليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب اذ هم
اموات في حقنا ولان حرمة ماله باعتبار الامان والامان كان لحقه لا لورثته ولو كان اوصى
باقل من ذلك اخذت الوصية ورد الباقي على ورثته وذلك في حق المستامن ايضا ولو اعتق
عبده عند الموت او دبر عبده في دار الاسلام فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا وكذا

لو اوصى

قوله وكذا لو اوصى له مسلم آه اي لو اوصى للحربي الذي دخل بامان قال شمس الائمة في شرح الكافي وذكر في الاملاء ان على قول ابي حنيفة وابي يوسف لا تصح الوصية من المسلم والذمي للمستامن لانه وان كان في دارنا صورة فهو من اهل دار الحرب حكما حتى يتمكن من الرجوع الى دار الحرب ولا يتمكن من اطالة المقام في دار الاسلام ووصية من هو من اهل دار الاسلام لمن هو من اهل دار الحرب باطل لان تباين الدارين يؤثر في قطع العصمة والموالاة ومحمد قال الوصية تبرع بالتمليك ابتداء بعد الموت فيعتبر بالتبرع في حالة الحيوة كالهبة والصدقة وذلك صحيح من المسلم للمستامن فكذا هذا

لو اوصى له مسلم او ذمي بوصية جاز لانه ما دام في دار الاسلام فهو في المعاملات بمنزلة الذمي
ولهذا يصح عقود التمليكات منه في حال حياته ويصح تبرعه في حياته وكذا بعد مماته وعن ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله انه لا يجوز لانه من اهل الحرب اذ هو على قصد الرجوع ويمكن منه
ولا يمكن من زيادة المقام على السنة الا بالجزية ولو اوصى الذمي باكثر من الثلث او لبعض ورثته
لا يجوز اعتبارا بالمسلمين لانهم التزموا احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات ولو اوصى لخلاف
ملته جاز اعتبارا بالارث اذ الكفر كله ملة واحدة قال ولو اوصى لحربي في دار الاسلام لا يجوز
لان الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية اخته باب الوصي وما يملكه ومن اوصى
الى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي ورده في غير وجهه فليس برد لان الميت مضى لسبيله معتمدا
عليه فلو صح رده في غير وجهه في حياته او بعد مماته صار مغرورا من جهته فرد رده بخلاف الوكيل
بشراء عبد بغير عينه او ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه لانه لا ضرر هناك لانه حي قادر على
التصرف بنفسه وان رده في وجهه فهو رد لانه ليس للوصي ولاية الزامه التصرف ولا غرور فيه
لانه يمكنه ان ينيب غيره وان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل
لان الموصي ليس له ولاية الالزام فيبقى مخيرا فلو انه باع شيئا من تركته فقد لزمته لان ذلك دلالة الالتزام
والقبول وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الوصي وسواء علم بالوصاية او لم يعلم بخلاف الوكيل
اذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ لان الوصاية خلافة لانه تختص بحال انقطاع ولاية
الميت فتنتقل الولاية اليه فاذا كانت خلافة لا تتوقف على العلم كالوراثة اما التوكيل
انابة لثبوته في حال قيام ولاية المنيب فلا يصح من غير علم كاثبات الملك بالبيع والشراء وقد
بينا طريق العلم وشرط الاخبار فيه فيما تقدم من الكتب وان لم يقبل حتى مات الموصي
فقال لا اقبل ثم قال اقبل فله ذلك ان لم يكن القاضي اخرجه من الوصاية حين قال لا اقبل
لان بمجرد قوله لا اقبل لا يبطل الايصاء لان في ابطاله ضررا بالميت وضرر الوصي في الابقاء
مجبور بالثواب ودفع الاول وهو اعلى اولى الا ان القاضي اذا اخرجه عن الوصاية يصح ذلك
لانه مجتهد فيه اذ للقاضي ولاية دفع الضرر وربما يعجز عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية فيدفع
القاضي الضرر عنه وينصب حافظا لمال الميت متصرفا فيه فيندفع الضرر من الجانبين فلهذا
ينفذ اخراجه فان قال بعد اخراج القاضي اياه اقبل لم يلتفت اليه لانه قبل بعد بطلان الوصاية
بابطال القاضي قال ومن اوصى الى عبد او كافر او فاسق اخرجهم القاضي عن الوصاية
ونصب غيرهم وهذا اللفظ يشير الى صحة الوصية لان الاخراج تكون بعدها وذكر محمد

قوله ذكر محمد في الاصل وذلك لان الوصية ولاية والرق مناف للولاية ولانه عاجز عن تحصيل مقصود الموصي لان منافعه لمولاه فالظاهر انه يمنعه من التبرع به على غيره وكذلك بعد اجازته لان هذا بمنزلة الاعانة للعبد فلا يتعلق به اللزوم فاذا رجع عنه كان عاجزا عن التصرف ولاية وربما يبيعه مولاه بعد الاذن له في قبول الوصاية فلا بد من عليه فكان للقاضي ان يخرجه ويستبدل وصيا آخر ف

في الاصل ان الوصية باطلة قيل معناه في جميع هذه الصور ان الوصية ستبطل وقيل معناه
في العبد باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده وفي غيره معناه ستبطل وقيل في الكافر
باطل ايضا لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ان اصل النظر ثابت لقدرة العبد
حقيقة وولاية الفاسق على اصلنا وولاية الكافر في الجملة الا انه لم يتم النظر لتوقف ولاية
العبد على اجازة المولى وتمكنه من الحجر بعدها والمعاداة الدينية الباعثة للكافر على ترك
النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرج من الوصاية فيتم النظر باقامة غيره مقامه اتماما للنظر وشرط
في الاصل ان يكون الفاسق مخوفا عليه في المال وهذا يصلح عذرا في اخراجه وتبديله بغيره
قال ومن اوصى الى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم تصح الوصية لان للكبار ان يمنعوه او يبيعوا نصيبهم
فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية فلا يفيد فائدته فان كانوا صغارا كلهم فالوصية
اليه جائزة عند ابي حنيفة رح ولا تجوز عندهما وهو القياس وقيل قول محمد مضطرب فيه
يروى مرة مع ابي حنيفة رح وتارة مع ابي يوسف رح وجه القياس ان الولاية منعدمة لما
ان الرق ينافيها ولان فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهذا قلب المشروع ولان
الولاية الصادرة من الاب لا تتجزى وفي اعتبار هذه تجزيتها لانه لا يملك بيع رقبته وهذا
نقض الموضوع وله انه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون اهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية
فان الصغار وان كانوا ملاكا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة وايصاء المولى اليه
يؤذن بكونه ناظرا لهم وصار كالمكاتب والوصاية قد تتجزى على ما هو المروي عن ابي حنيفة رحمه الله
او نقول يصار اليه كيلا يؤدي الى ابطال اصله وتغيير الوصف لتصحيح الاصل اولى ومن اوصى
الى من يعجز عن القيام بالوصية ضم اليه القاضي غيره رعاية لحق الموصي والورثة وهذا لان
تكميل النظر يحصل بضم الآخر اليه لصيانته ونقص كفايته فيتم النظر باعانة غيره ولو
شكى ذلك اليه الوصي لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكي قد يكون كاذبا تخفيفا
على نفسه واذا ظهر عند القاضي عجزه اصلا استبدل به غيره رعاية للنظر من الجانبين ولو كان
قادرا على التصرف امينا فيه ليس للقاضي ان يخرجه لانه لو اختار غيره كان دونه لما انه مختار
الميت ومرضيه فابقاؤه اولى ولهذا قدم على اب الميت مع وفور شفقته فاولى
ان يقدم على غيره وكذا اذا شكى الورثة او بعضهم الوصي الى القاضي فانه لا ينبغي له ان يعزله
حتى يبدو له منه خيانة لانه استفاد الولاية من الميت غير انه اذا ظهرت الخيانة فالميت

انما نصبه

انما نصبه وصيا لامانته وقد فاتت ولو كان في الاحياء لاخرجه منها فعند عجزه ينوب
القاضي منابه كانه لا وصي له قال ومن اوصى الى اثنين لم يكن لاحدهما ان يتصرف عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله دون صاحبه الا في اشياء معدودة نبينها ان شاء الله تعالى وقال ابو يوسف رح ينفرد
كل منهما بالتصرف في جميع الاشياء لان الوصاية سبيلها الولاية وهي وصف شرعي لا تتجزى فيثبت
لكل منهما كملا كولاية الانكاح للاخوين وهذا لان الوصاية خلافة وانما تتحقق اذا انتقلت
الولاية اليه على الوجه الذي كان ثابتا للموصي وقد كان بوصف الكمال ولان اختيار الاب اياهما
يؤذن باختصاص كل واحد بالشفقة فنزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما ولهما ان الولاية
تثبت بالتفويض فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع اذ هو شرط مقيد وما رضي الموصي
الا بالمثنى وليس الواحد كالمثنى بخلاف الاخوين في الانكاح لان السبب هنالك القرابة وقد
قامت بكل منهما كملا ولان الانكاح حق مستحق لها على الولي حتى لو طالبته بانكاحها من كفؤ
يجب عليه وهنا حق التصرف للوصي ولهذا يبقى مخيرا في التصرف ففي الاول اوفى حقا
على صاحبه فصح وفي الثاني استوفى حقا لصاحبه فلا يصح اصله الدين الذي عليهما ولهما بخلاف الاشياء
المعدودة لانها من باب الضرورة لا من باب الولاية ومواضع الضرورة مستثناة ابدا وهي ما
في الكتاب واخواتها فقال الا في شراء الكفن وتجهيزه لان في التاخير فساد الميت ولهذا يملكه
الجيران عند ذلك وطعام الصغار وكسوتهم لانه يخاف موتهم جوعا وعريا ورد الوديعة بعينها
ورد المغصوب والمشترى شراء فاسدا وحفظ الاموال وقضاء الديون لانها ليست من باب
الولاية فانه يملكه المالك وصاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه وحفظ المال يملكه من يقع في يده فكان
من باب الاعانة ولانه لا يحتاج فيه الى الرأي وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه لانه لا يحتاج فيه
الى الرأي والخصومة في حقوق الميت لان الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينفرد بها احد الوكيلين
وقبول الهبة لان في التاخير خيفة الفوات ولانه تملكه الام والذي في حجره فلم يكن من باب الولاية
وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف لان فيه ضرورة لا تخفى وجمع الاموال الضائعة لان في التاخير
خشية الهلاك ولانه يملكه كل من يقع في يده فلم يكن من باب الولاية قال وفي الجامع الصغير وليس لاحد
الوصيين ان يبيع او يتقاضى والمراد بالتقاضي الاقتضاء كذا كان المراد منه في عرفهم
وهذا لانه رضي بامانتهما جميعا في القبض ولانه في معنى المبادلة لا سيما عند اختلاف الجنس
على ما عرف فكان من باب الولاية ولو اوصى الى كل واحد على الانفراد قيل ينفرد

كل واحد منهما بمنزلة الوكيلين اذا وكل كل واحد منهما على الانفراد وهذا لانه لما افرد فقد رضي
برأي الواحد وقيل الخلاف في الفصلين واحد لان وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين
لان الوكالة تتعاقب فان مات احدهما جعل القاضي مكانه وصيا آخر اما عندهما فلان
الباقي عاجز عن التفرد في التصرف فيضم القاضي اليه وصيا آخر نظرا للميت عند عجزه وعند
ابي يوسف رحمه الله الحي منهما وان كان يقدر على التصرف فالموصي قصد ان يخلفه متصرفا
في حقوقه وذلك ممكن التحقيق بنصب وصي آخر مكان الميت ولو ان الميت منهما اوصى الى الحي
فللحي ان يتصرف وحده في ظاهر الرواية بمنزلة ما اذا اوصى الى شخص آخر ولا يحتاج القاضي الى
نصب وصي لان رأي الميت باق حكما برأي من يخلفه وعن ابي حنيفة انه لا ينفرد بالتصرف
لان الموصي ما رضي بتصرفه وحده بخلاف اذا اوصى الى غيره لانه ينفذ تصرفه برأي المثنى كما
رضيه المتوفي واذا مات الوصي واوصى الى آخر فهو وصيه في تركته وتركة الميت الاول عندنا
وقال الشافعي هو لا يكون وصيا في تركة الميت اعتبارا بالتوكيل في حال الحيوة والجامع بينهما انه رضي
برأيه لا برأي غيره ولنا ان الوصي يتصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره كالجد الا ترى
ان الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل الى الوصي في المال والى الجد في النفس ثم الجد قائم
مقام الاب فيما انتقل اليه فكذا الوصي وهذا لان الايصاء اقامة غيره مقامه فيما
له ولاية وعند الموت كانت له ولاية في التركتين فينزل الثاني منزلته فيهما ولانه لما استعان
به في ذلك مع علمه انه تعتريه المنية قبل تتميم مقصوده وهو تلافي ما فرط منه صار راضيا بايصائه
الى غيره بخلاف الوكيل لان الموكل حي يمكنه ان يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره والايصاء اليه
ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جائزة ومقاسمته الورثة عن الموصى له باطلة لان الوارث
خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه ويصير مغرورا بشراء المورث والوصي خليفة الميت ايضا
فيكون خصما عن الوارث اذا كان غائبا فصحت قسمته عليه حتى لو حضر وقد هلك ما في يد الوصي
ليس له ان يشاركه الموصى له اما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب
جديد ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير مغرورا بشراء الموصي فلا يكون الوصي خليفة عنه
عند غيبته حتى لو هلك ما افرز له عند الوصي كان له ثلث ما بقي لان القسمة لم تنفذ عليه غير ان الوصي
لا يضمن لانه امين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي
لان الموصى له شريك الوارث فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة فيبقى ما بقي على الشركة فان قاسم

الورثه

الورثه واخذ نصيب الموصى له فضاع رجع الموصى له بثلث ما بقي لما بينا وان كان الميت اوصى
بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده حج عن الميت من ثلث ما بقي وكذلك اذا دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع من يده
وقال ابو يوسف رحمه الله ان كان مستغرقا للثلث لم يرجع بشيء والا يرجع بتمام الثلث وقال
محمد رحمه الله لا يرجع بشيء لان القسمة حق الموصي ولو افرز الموصي بنفسه مالا ليحج عنه فهلك لا يلزمه شيء
وبطلت الوصية فكذا اذا افرزه وصيه الذي قام مقامه ولابي يوسف رحمه الله ان محل الوصية الثلث
فيجب تنفيذها ما بقي محلها فاذا لم يبق بطلت لفوات المحل ولابي حنيفة رحمه الله ان القسمة لا تراد لذاتها
بل لمقصودها وهو تأدية الحج فلم تعتبر دونه وصار كما اذا هلك قبل القسمة فيحج بثلث ما بقي ولان تمامها
بالتسليم الى الجهة المسماة اذ لا قابض لها فاذا لم يصرف الى ذلك الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلها
ومن اوصى بثلث الف درهم فدفعها الورثة الى القاضي فقسمها والموصى له غائب فقسمته جائزة لان
الوصية صحيحة ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثا لورثته والقاضي نصب ناظرا لاسيما
في حق الموتى والغيب ومن النظر افراز نصيب الغائب وقبضه فنفذ ذلك وصح حتى لو حضر الغائب وقد هلك
المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل قال واذا باع الوصي عبدا من التركة بغير محضر من الغرماء فهو جائز
لان الوصي قائم مقام الموصي ولو تولى حيا بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء وان كان في مرض موته
فكذا اذا تولاه من قام مقامه وهذا لان حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل
المالية لفواتها الى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المديون لان للغرماء حق الاستسعاء اما هنا
بخلافه قال ومن اوصى بان يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض
الثمن فضاع في يده فاستحق العبد ضمن الوصي لانه هو العاقد فتكون العهدة عليه وهذه عهدة
لان المشتري منه ما رضي ببذل الثمن الا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد اخذ الوصي البائع مال الغير
بغير اذنه ورضاه فيجب عليه رده فيرجع فيما ترك الميت وقال يرجع في جميع التركة وعن
محمد رحمه الله انه يرجع في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية فاخذ حكمها ومحل الوصية الثلث
وجه الظاهر انه يرجع عليه بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع التركة بخلاف القاضي
وامينه اذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه لان في الزامها القاضي تعطيل القضاء اذ يتحامى
عن تقلد هذه الامانة حذرا عن لزوم الغرامة فتتعطل مصلحة العامة وامينه سفير عنه
كالرسول ولا كذلك الوصي لانه بمنزلة الوكيل وقد مر في كتاب القضاء وان كانت التركة قد هلكت
او لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء كما اذا كان على الميت دين آخر قال وان قسم الوصي الميراث
فاصاب صغيرا من الورثة عبد فباعه وقبض الثمن فهلك فاستحق العبد رجع في مال الصغير لانه

قوله لما بينا اراد به قوله لان الموصى له شريك الوارث

عامل له فيرجع الصغير على الورثة بحصته لانتقاض القسمة لاستحقاق ما اصابه قال واذا احتال
الوصي بمال اليتيم فان كان خيرا لليتيم جاز بان كان املأ اذ الولاية نظرية وان كان الاول
املأ لا يجوز لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه قال ولا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه الا
بما يتغابن الناس في مثله لانه لا نظر في الغبن الفاحش بخلاف اليسير لانه لا يمكن التحرز عنه ففي اعتباره
انسداد بابه والصبي الماذون والعبد الماذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش
عند ابي حنيفة رحمه الله لانهم يتصرفون بحكم المالكية والاذن فك الحجر بخلاف الوصي لانه يتصرف
بحكم النيابة الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر وعندهما لا يملكونه لان التصرف منهم بالفاحش
تبرع لا ضرورة فيه وهم ليسوا من اهله قال واذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الوصية
على حدة وكتاب الشراء على حدة لان ذلك احوط ولو كتب جملة عسى يكتب الشاهد شهادته
في الكل من غير تفصيل فيصير ذلك حملا له على الكذب ثم قيل يكتب اشترى من فلان بن فلان ولا يكتب من فلان
وصي فلان لما بينا وقيل لا بأس بذلك لان الوصاية تعلم ظاهرا قال وبيع الوصي على الكبير
الغائب جائز في كل شيء الا في العقار لان الاب يلي ما سواه ولا يليه وكذا وصيه فيه وكان القياس
ان لا يملك الوصي غير العقار ايضا لانه لا يملكه الاب على الكبير الغائب الا انا استحسناه
لما انه حفظ فيه من الحفظ لتسارع الفساد اليه وحفظ الثمن ايسر وهو يملك الحفظ اما العقار فمحصن بنفسه
ولا يتجر في المال لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة وقال ابو يوسف ومحمد وصي الاخ في الصغير
والكبير الغائب بمنزلة وصي الاب في الكبير الغائب وكذا وصي الام ووصي العم وهذا الجواب في تركة هؤلاء
لان وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون ما يكون من باب الحفظ فكذا وصيهم قال والوصي احق بمال الصغير
من الجد وقال الشافعي الجد احق لان الشرع اقامه مقام الاب حال عدمه حتى احرز الميراث
فيتقدم على وصيه ولنا ان بالايصاء تنتقل ولاية الاب اليه فكانت ولايته قائمة معنى فيقدم
عليه كالاب نفسه وهذا لان اختياره الوصي مع علمه بقيام الجد يدل على ان تصرفه انظر لبنيه من تصرف
ابيه قال فان لم يوص الاب فالجد بمنزلة الاب لانه اقرب الناس اليه واشفقهم عليه حتى ملك
الانكاح دون الوصي غير انه يقدم وصي الاب في التصرف لما بيناه فصل في الشهادة واذا شهد
الوصيان ان الميت اوصى الى فلان معهما فالشهادة باطلة لانهما متهمان فيها لاثباتهما معينا لانفسهما
قال الا ان يدعيها المشهود له وهذا استحسان وهو في القياس كالاول لما بيناه من التهمة
وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء وضم الآخر اليهما برضاه بدون شهادتهما
فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه اما الوصاية تثبت بنصب القاضي قال وكذلك الابنان

معناه

معناه اذا شهدا ان الميت اوصى الى رجل وهو منكر لانهما يجران الى انفسهما نفعا بنصب حافظ التركة
قال ولو شهدا يعني الوصيين لوارث صغير بشيء من مال الميت او غيره فشهادتهما باطلة لانهما يظهران ولاية
التصرف لانفسهما في المشهود به قال وان شهدا لوارث كبير في مال الميت لم يجز وان كان في غير
مال الميت جاز وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان شهدا لوارث كبير تجوز في الوجهين
لانه لا يثبت لهما ولاية التصرف في التركة اذا كانت الورثة كبارا فعريت عن التهمة وله انه يثبت لهما ولاية
الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحققت التهمة بخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع
ولاية وصي الاب عنه لان الميت اقامه مقام نفسه في التركة لا في غيرها قال واذا شهد رجلان لرجلين
على ميت بدين الف درهم وشهد الآخران للاولين بمثل ذلك جازت شهادتهما وان كانت شهادة
كل فريق للآخر بوصية الف درهم لم تجز وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا تقبل
في الدين ايضا وابو حنيفة رحمه الله فيما ذكره الخصاف مع ابي يوسف وعن ابي يوسف مثل قول محمد وجه القبول ان
الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع اجنبي بقضاء دين احدهما ليس للآخر
حق المشاركة وجه الرد ان الدين بالموت يتعلق بالتركة اذ الذمة خربت بالموت ولهذا لو استوفى احدهما
حقه من التركة يشاركه الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف حال حيوة المديون
لانه في الذمة لبقائها لا في المال فلا تتحقق الشركة قال ولو شهدا انه اوصى لهذين الرجلين بجارية
وشهد المشهود لهما ان الميت اوصى للشاهدين بعبده جازت الشهادة لانه لا شركة فلا تهمة ولو
شهدا انه اوصى لهذين الرجلين بثلث ماله وشهد المشهود لهما انه اوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة
باطلة وكذا اذا شهد الاولان ان الميت اوصى لهذين الرجلين بعبد وشهد المشهود لهما انه اوصى
للاولين بثلث ماله فهي باطلة لان الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة

كتاب الخنثى فصل في بيانه واذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى فان كان يبول من الذكر فهو غلام
وان كان يبول من الفرج فهو انثى لان النبي عليه الصلوة والسلام سئل عنه كيف يورث فقال من حيث
يبول وعن علي رضي الله عنه مثله ولان البول من اي عضو كان فهو دلالة على انه العضو الاصلي الصحيح والآخر
بمنزلة العيب وان بال منهما فالحكم للاسبق منهما لان ذلك دلالة اخرى انه هو العضو الاصلي وان كانا في
السبق سواء فلا معتبر بالكثرة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله ينسب الى اكثرهما بولا لانه علامة قوة ذلك العضو
وكونه عضوا اصليا ولان للاكثر حكم الكل في اصول الشرع فيترجح بالكثرة وله ان كثرة الخروج ليس يدل
لانه قد يكون لاتساع في احدهما وضيق في الآخر وان كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق

لانه لا مرجح قال واذا بلغ الخنثى وخرجت له لحية او وصل الى النساء فهو رجل وكذا اذا احتلم كما يحتلم الرجل
او كان له ثدي مستو لان هذه من علامات الذكران قال ولو ظهر له ثدي كثدي المرأة او نزل له لبن في ثديه
او حاض او حبل او امكن الوصول اليه من الفرج فهو امرأة لان هذه من علامات النساء وان لم تظهر احدى
هذه العلامات فهو خنثى مشكل وكذا اذا تعارضت هذه المعالم فصل في احكامه الاصل في الخنثى المشكل
ان يؤخذ فيه بالاحوط والاوثق في امور الدين وان لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته واذا وقف
خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء لاحتمال انه امرأة فلا يتخلل الرجال كيلا يفسد صلاتهم ولا النساء
لاحتمال انه رجل فتفسد صلاته فان قام في صف النساء فاحب الي ان يعيد صلاته لاحتمال انه رجل وان قام
في صف الرجال فصلاته تامة ويعيد الذي عن يمينه وعن شماله والذي خلفه بحذائه صلاتهم احتياطا
لاحتمال انه امرأة قال واحب الينا ان يصلي بقناع لانه يحتمل انه امرأة ويجلس في صلاته جلوس
المرأة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها لان
الستر على النساء واجب ما امكن وان صلى بغير قناع امرته ان يعيد لاحتمال انه امرأة وهو
على الاستحباب وان لم يعد اجزاه قال ويبتاع له امة تختنه ان كان له مال لانه يباح لمملوكته
النظر اليه رجلا كان او امرأة ويكره ان يختنه رجل لانه عساه انثى او تختنه امرأة لانه لعله
رجل فكان الاحتياط فيما قلنا وان لم يكن له مال ابتاع الامام من بيت المال لانه اعد لنوائب
المسلمين فاذا اختتنته باعها ورد ثمنها في بيت المال لوقوع الاستغناء عنها ويكره له
لبس الحلي والحرير وان ينكشف قدام الرجال او قدام النساء وان يخلو به غير محرم من رجل او امرأة وان
يسافر من غير محرم من الرجال توقيا عن احتمال المحرم وان احرم وقد راهق قال ابو يوسف لا علم لي
في لباسه لانه ان كان ذكرا يكره له لبس المخيط وان كان انثى يكره له تركه وقال محمد رحمه الله يلبس لباس المرأة
لان ترك لبس المخيط وهو امرأة افحش من لبسه وهو رجل ولا شيء عليه لانه لم يبلغ قال ومن حلف بطلاق او عتاق
ان كان اول ولد تلدينه غلاما فولدت خنثى لا يقع حتى يستبين امر الخنثى لان الحنث لا يثبت بالشك ولو قال
كل عبد لي حر او قال كل امة لي حرة وله مملوكة خنثى لم يعتق حتى يستبين امره لما قلنا وان قال القولين
جميعا عتق لتيقن باحد الوصفين لانه ليس بمهمل وان قال الخنثى انا رجل او قال انا امرأة
لم يقبل قوله اذا كان مشكلا لانه دعوى تخالف قضية الدليل وان لم يكن مشكلا ينبغي ان يقبل قوله لانه اعلم
بحاله من غيره قال وان مات قبل ان يستبين امره لم يغسله رجل ولا امرأة لان حل الغسل
غير ثابت بين الرجال والنساء فيتوقى احتمال الحرمة وييمم بالصعيد لتعذر الغسل ولا يحضر ان كان

مراهقا

مراهقا غسل رجل ولا امرأة لاحتمال انه ذكر او انثى وان سجي قبره فهو احب لانه ان كان انثى
يقيم واجبا وان كان ذكرا فالتسجية لا تضره وان مات فصلي عليه وفيه رجل وامرأة وضع الرجل مما
يلي الامام والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى فيؤخر عن الرجل لاحتمال انه امرأة ويقدم على المرأة لاحتمال انه
رجل قال ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل لاحتمال انه امرأة ويجعل بينهما
حاجز من صعيد وان كان مع امرأة قدم الخنثى لاحتمال انه رجل وان جعل على السرير نعش المرأة
فهو احب الي لاحتمال انه عورة ويكفن كما تكفن الجارية وهو احب الي يعني يكفن في خمسة اثواب لانه
ان كان انثى فقد اقيمت سنة وان كان ذكرا فقد زادوا على الثلث ولا بأس بذلك ولو مات ابوه
وخلف ابنا وخنثى فالمال بينهما عند ابي حنيفة على ثلثة اسهم للابن سهمان وللخنثى سهم وهو
عنده في الميراث انثى الا ان يتبين غير ذلك وقالا للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وهو
قول الشعبي واختلفوا في قياس قوله قال محمد رحمه الله المال بينهما على اثني عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال
ابو يوسف المال بينهما على سبعة للابن اربعة وللخنثى ثلثة لان الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى
ثلثة ارباعه فعند الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما هذا يضرب بالكل وذلك بثلثة ارباعه فيكون سبعة
ولمحمد ان الخنثى لو كان ذكرا يكون المال بينهما نصفين وان كان انثى كان المال بينهما اثلاثا فاحتجنا
الى حساب له نصف وثلث واقل ذلك ستة ففي حال يكون المال بينهما نصفين وفي حال اثلاثا للخنثى سهمان
وللابن اربعة فسهمان للخنثى ثابتان بيقين وقع الشك في السهم الزائد فينتصف فيكون له سهمان ونصف
فانكسر فاضعف ليزول الكسر فصار الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة ولابي حنيفة ان
الحاجة هاهنا الى اثبات المال ابتداء والاقل وهو ميراث الانثى متيقن به وفيما زاد عليه شك فاثبتنا
المتيقن قصرا عليه لان المال لا يجب بالشك وصار كما اذا كان الشك في وجوب المال لسبب آخر
فانه يؤخذ فيه بالمتيقن كذا هذا الا ان نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا في بعض الصور يعطى له نصيب الابن في تلك الصورة
لكونه متيقنا به وهو ان تكون الورثة زوجا واما واختا لاب وام هي خنثى او امرأة واخوين لام واختا
لاب وام هي خنثى فعندنا في الاولى للزوج النصف وللام الثلث والباقي للخنثى وفي الثانية
للمرأة الربع وللاخوين لام الثلث والباقي للخنثى مسائل شتى واذا قرئ على الاخرس كتاب وصيته
فقيل له نشهد عليك بما في هذا الكتاب فاومى برأسه اي نعم او كتب فاذا جاء من ذلك
ما يعرف انه اقرار فهو جائز ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه وقال الشافعي رحمه الله يجوز ذلك في الوجهين
لان المجوز انما هو العجز وقد شمل الفصلين ولا فرق بين الاصلي والعارضي كالوحشي والمتوحش من الاهلي

في حق الزكوة والفرق لاصحابنا ان الاشارة انما تعتبر اذا صارت معهودة معلومة وذلك في الاخرس
دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك وصارت له اشارات معهودة قالوا هو بمنزلة الاخرس ولان
التفريط جاء من قبله حيث اخر الوصية الى هذا الوقت اما الاخرس فلا تفريط منه ولان العارض على شرف
الزوال دون الاصلي فلا يتقاسان وفي الآبدة عرفناه بالنص قال واذا كان الاخرس يكتب كتابا
او يومي ايماء يعرف به فانه يجوز نكاحه وطلاقه وبيعه وشراؤه ويقتص منه وله ولا يحد ولا يحد له اما
الكتابة فلانها ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم ادى واجب
التبليغ مرة بالعبارة وتارة بالكتابة الى الغيب والمجوز في حق الغائب العجز وهو في حق الاخرس
اظهر والزم ثم الكتابة على ثلث مراتب مستبين مرسوم وهو بمنزلة النطق في الحاضر والغائب
على ما قالوا ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار واوراق الاشجار وينوي فيه لانه بمنزلة
صريح الكتابة فلا بد من النية وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع فلا
يثبت به الحكم واما الاشارة فجعلت حجة في الاخرس في حق هذه الاحكام للحاجة الى ذلك لانها من حقوق
العباد ولا تختص بلفظ دون لفظ وقد يثبت بدون اللفظ والقصاص حق العبد ايضا ولا حاجة الى
الحدود لانها حق الله تعالى ولانها تندرئ بالشبهات ولعله كان مصدقا للقاذف فلا يحد له للشبهة
ولا يحد ايضا بالاشارة في القذف لانعدام القذف صريحا وهو الشرط ثم الفرق بين الحدود
ان الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة الا ترى لو شهدوا بالوطي الحرام لا يجب الحد ولو شهدوا
بالقتل المطلق او اقر بمطلق القتل يجب القصاص وان لم يوجد لفظ التعمد وهذا لان القصاص فيه
معنى العوضية لانه شرع جابرا فجاز ان يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد اما الحدود
الخالصة لله تعالى شرعت زواجر وليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة
وذكر في كتاب الاقرار ان الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه ويحتمل ان يكون في
ههنا كذلك فيكون فيهما روايتان ويحتمل ان يكون مفارقا لذلك لانه يمكن الوصول
الى نطق الغائب في الجملة لقيام اهلية النطق ولا كذلك الاخرس لتعذر الوصول الى النطق للآفة
اللازمة ودلت المسئلة على ان الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة بخلاف ما توهم
بعض اصحابنا انه لا يعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة لانها حجة ضرورية ولا ضرورة
لانه جمع بينهما ههنا فقال اشار او كتب وانما استويا لان كل واحد منهما حجة ضرورية في
الكتابة زيادة بيان لم يوجد في الاشارة وفي الاشارة زيادة اثر لم يوجد في الكتابة

لانه اقرب الى النطق من آثار الاقلام فاستويا وكذلك الذي صمتت يوما او يومين لعارض
لما بينا في المعتقل لسانه ان آلة النطق قائمة وقيل هذا تفسير لمعتقل اللسان قال واذا كانت
الغنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت المذبوحة اكثر تحرى فيها واكل وان كانت الميتة اكثر
او كانا نصفين لم يؤكل وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار اما في حالة الضرورة يحل له التناول
في جميع ذلك لان الميتة المتيقنة تحل في حالة الضرورة فالتي تحتمل ان تكون ذكية اولى
غير انه يتحرى لانه طريق يوصله الى الذكية فلا يتركه من غير ضرورة وقال الشافعي لا يجوز الاكل
في حالة الاختيار وان كانت المذبوحة اكثر لان التحري دليل ضروري فلا يصار اليه من غير ضرورة
ولا ضرورة لان الحال حالة الاختيار ولنا ان الغلبة تنزل منزلة الضرورة في افادة الاباحة
الا يرى ان اسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم والمسروق والمغصوب ومع ذلك يباح التناول
على الغالب وهذا لان القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع الامتناع منه فسقط اعتباره دفعا
للحرج كقليل النجاسة وقليل الانكشاف بخلاف ما
اذا كانا نصفين او كانت الميتة اغلب لانه
لا ضرورة فيه والله اعلم بالصواب
واليه المرجع والمآب

قد وقع الفراغ من تنميق هذه النسخة الشريفة عن يد العبد الفقير الى الله القدير الحاج مصطفى
بن الحاج مراد الكنكيشهري مولدا والاستانبولي موطنا حين كان مدرسا بمدرسة قنالي دده
سنة اربع وعشرين ومائة والف من هجرة من له العز والشرف اللهم اجعله زوادا آخرتي ومكفرا سيئاتي
بحرمة حبيبك محمد صلى الله عليه وسلم امين يا مجيب السائلين